

موسوعة القضاء الإداري

دكتور

فخري السيد رشاد جميل

أستاذ القانون العام
والخاص بالنقض والإدارية العليا

الأصول العامة والتطبيقية العملية للعقود الإدارية والتعويضات

مع القواعد القانونية وأحكام المحكمة الإدارية العليا
وفتاوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع
بمجلس الدولة والأحكام الحديثة لمحكمة النقض

دار مجيوى للنشر والتوزيع

٩ شارع سامى البارودى - باب الخلق

ت : ٣٩١٨٠٤٥ - ٣٩٣٨٦١٨



موسوعة القضاء الإداري

دكتور

فخيس السيد اسماعيل

أستاذ القانون العام
والحامي بالنقض والإدارة العليا

الأصول العامة والتطبيقية العملية للعقود الإدارية والتعويضات

مع القواعد القانونية وأحكام المحكمة الإدارية العليا
وفتاوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع
بمجلس الدولة والأحكام الحديثة لمحكمة النقض

حقوق الطبع محفوظة للمناشر

دار مجدى للنشر والتوزيع

٩ شارع سامى البارودى - باب الخلق
ت: ٣٩١٨٠٤٥ - ٣٩٣٨٦١٨

«بسم الله الرحمن الرحيم»

﴿ إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها
وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ﴾

(صدق الله العظيم)

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

★ تصاعد الاهتمام فى وقتنا المعاصر بموضوع العقود الادارية والتعويضات المنبثقة عن المنازعات المتعلقة بها ، وذلك بعد أن بدأت سياسة الدولة تتجه الى نظام الاقتصاد الحر وتشجيع الاستثمار .

★ ومن هذا المنطلق أصبحت الدولة تعهد الى جمهوره كبيرة من مقاولى الاشغال العامة ورجال الأعمال فى تنفيذ الكثير من المهام التى كانت تقوم بها بواسطة العقود الادارية ، وقد نشأ عن التطبيق الكثير من المنازعات الادارية أن أصبحت فى حاجة الى الحلول القانونية المستقاة من آراء الفقه وأحكام القضاء .

★ ولهذا وجدنا من المفيد أن نسلط الضوء على بحث هذا الموضوع الكبير الأهمية ، مع التركيز على القواعد العملية المنبثقة عن أحكام القضاء الادارى ، وعن أحكام محكمة النقض المصرية التى يمكن الاستفادة بها فى منازعات العقود الادارية التى تنور بين جهة الادارة والمتعاقدين معها . وذلك فيما لا يتعارض مع طبيعة الدعوى الادارية .

★ ★ ★

★ وبإدنى ذى بدء وجدنا من المفيد التعريف باختصاص القضاء الادارى بالفصل فى المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية وبيننا ذلك على النحو التالى :

★ مدى اختصاص جهة القضاء الادارى بالفصل فى المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية :

★ لكى نتفهم هذا الاختصاص نجد لزاما علينا بيان اختصاص القضاء الادارى بمنازعات طلب الالغاء ووقف تنفيذ القرارات الادارية المشوبة بما يجعلها محل الطعن بالبطلان ، وبيان المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية وذلك على النحو التالى :

أولاً : ان طلب الغاء القرار الادارى يصوب الى القرارات المشوبة بمخالفة القانون أو إساءة استعمال السلطة أو غير ذلك من الأسباب ، ويمكن أن يقترن طلب

الالغاء بطلب ايقاف القرار الادارى ريثما يفصل فى طلب الالغاء متى توافرت شروط ايقاف كالاستعجال والجدية والمشروعية وأمر لا يمكن تداركه .

★ فطلب الايقاف يتطلب شرطين احدهما شرطا شكليا يتعلق بضرورة ابداء طلب ايقاف التنفيذ فى نفس صحيفة الطعن بالالغاء ، أى ضرورة اقتران طلب الايقاف بطلب الالغاء فى ذات الصحيفة اعمالا لنص المادة (٤٩) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ .

★ ومما تجدر الاشارة اليه أن طلب وقف التنفيذ لا يقبل الا بالنسبة للقرارات الادارية النهائية .

★ وهى تلك القرارات التى يمكن أن توجه اليها دعوى الالغاء .

★ أما الشرط الثانى فهو شرط موضوعى وهو الذى يتمثل فى ضرورة توافر حالة الاستعجال ، فضلا عن توافر المشروعية والجدية حسبما سبق بيانه بمؤلفنا «ايقاف والغاء القرارات الادارية» .

★ وتجدر الاشارة الى أن الحكم الصادر فى طلب وقف التنفيذ يعتبر حكما قطعيا ويحوز حجية الشئ المقضى ولو أنه مؤقت ، وذلك طالما لم تتغير الظروف والملابسات ، كما يحوز حكم الايقاف الحجية لما فصلت فيه المحكمة من مسائل فرعية ، كالبت فى الدفع بعدم الاختصاص ، أو بعدم القبول أو بعدم نهائية القرار ، فلا يجوز عند نظر طلب الالغاء اعادة الفصل فى هذه المسائل من جديد .

★ «ثانياً : اختصاص جهة القضاء الادارى بالفصل فى المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية :

★ غنى عن البيان أن اختصاص جهة القضاء الادارى بالفصل فى المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية اختصاص شامل مطلق لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها ، فما دامت مختصة بنظر الأصل فهى مختصة بنظر الفرع أى الطلب المستعجل ، كل ما فى الأمر أن المحكمة تفصل فى الطلب المستعجل المتفرع عن العقد الادارى فى الحدود وبالصواب المقررة للفصل فى الطلبات المستعجلة بأن تستظهر الأمور التى يخشى عليها من فوات الوقت أو النتائج التى يتعذر تداركها أو الضرر المحقق بالحق المطلوب المحافظة عليه ثم تستظهر بعد ذلك جدية الأسباب

أو عدم جديتها بالنسبة اليها في ظاهرها - بيد أن الطلب المستعجل في هذه الحالة لا يخلط بينه وبين طلب وقف التنفيذ لأنه ينبثق عن رابطة عقدية ويدخل في منطقة العقد وتستنهض له ولاية القضاء .

★ ★ ★

منهاج البحث :

الموضوعات المتعلقة بالعقود الادارية والتعويضات متعددة ومشعبة ومنداخلة ، ولذلك اتجه منهاج بحثنا الى تبويبها بقدر الامكان في أربعة عشر بابا تشتمل على فصول ومباحث يحتوى كل منها على المبادئ التطبيقية والعملية المستقاة من أحكام القضاء حسبما يتضح من مطالعة الفهرس التحليلي الوارد بنهاية هذا المؤلف ، فنظرة ثاقبة اليه يتضح أنه ليس فهرسا تقليديا ، بل هو موجز مبسط لكثير من الموضوعات التي يتناولها هذا المؤلف اذ أصبح بمثابة مرشدا للقارىء في كل ما يتطلع الى معرفته من معلومات ، وقضايا تعرض له في الحياة العملية من منازعات تعاقدية ، سواء ماتعلق منها بالعقد الادارى أو ما يتفرع عنه من القرارات القابلة للانفصال «Détachable» والتي يجوز الغاؤها ووقف تنفيذها ، أو من تعويضات مستحقة في ظل النظريات المتعلقة بفعل الأمير أو المنبثقة عن الظروف الطارئة ، أو مما استحدثته القضاء الادارى من اجتهادات وفق ظروف الدعوى وملابساتها .

★ ★ ★

ولا يسعنا بعد هذه المقدمة الا أن نسجل ما عانيناه في وضع هذا المؤلف الذي استغرق وضعه عدة سنوات نظرا لما يتسم به من صعوبة في البحث والتحليل ، ولكن ذلك في سبيل خدمة القانون والزملاء أمر يهون .

المؤلف

دكتور/ خميس السيد اسماعيل

المحامى بالنقض

مكتب حدائق المعادى عمارة برج

الحدائق رقم ٤ شارع ١٦٣

ت ٣٥١٩١١٧

الباب الأول

المعايير والأسس المحددة للعقد الإداري - وتعريفه

الباب الأول

المعايير والأسس المحددة للعقد الإداري - وتعريفه

مع بيان أهم العقود الإدارية

الفصل الأول

المعايير والأسس المحددة للعقد الإداري - وتعريفه

★ تلجأ الإدارة أحيانا في تسيير المرافق العامة ، وإدارة المشروعات التي تتولى إدارتها عن طريق العقود ، وهذه العقود تخضع لنوعين متميزين من حيث التكيف القانوني والقضائي الذي تخضع له هذه العقود فهناك العقود العادية : والعقود الإدارية .

فالعقود الإدارية تدخل في دائرة الاختصاص القضائي لمجلس الدولة ، بينما تسرى على العقود العادية أحكام القانون المدني أو التجاري وتدخل المنازعات المتعلقة بها في اختصاص القضاء العادي .

★ فبادئ ذي بدء نقرر أن كل عقد تبرمه الإدارة ليس بالضرورة عقدا إداريا ، فالإدارة تبرم عقودا إدارية ، وأخرى عادية ، ولكي يعتبر العقد إداريا ينبغي بصفة مبدئية أن تكون الإدارة طرفا فيه ، أو تبرم لخدمة مرفق عام من المرافق الإدارية ، ولكن هذا المعيار أصبح غير كاف ، نظرا لضرورة انطواء العقد الإداري على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص .

★ وجدير بالإشارة إلى أنه إذا كان العقد الإداري يختلف عن العقد المدني اختلافا يسيرا محدودا في مرحلة تكوينه وإبرامه ، فإنه يتميز عنه تمايزا واضحا في تنفيذه ، وفي الآثار المترتبة عليه ، وأخص أوجه التمايز ما تتمتع به الأشخاص العامة حين تلجأ إلى أسلوب العقد الإداري من سلطات وامتيازات واسعة النطاق ، تقابلها قيود معينة في بعض الأحيان ، مما لا نظير له في العلاقات بين أطراف عقود القانون الخاص ، كما يترتب على ما يتميز به العقد الإداري من خصائص ، أن المنازعات الناشئة عنه يفصل فيها القضاء الإداري ، ويطبق مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري على تلك المنازعات القواعد الخاصة بنظام العقد الإداري ، وهي قواعد استثنائية

لا يطير لها في قواعد القانون الخاص^(١) . كما يختص مجلس الدولة بنظر
المنازعات المنفصلة المستقلة عن العقد الإداري وذلك نظرا لطبيعة العقد الإداري
المركبة^(٢) .

(١) كذلك يختص القضاء الإداري بالمنازعات المتعلقة بالقرارات التي تصدرها الجهة الإدارية
تنفيذا لعقد من العقود الإدارية ، واستنادا إلى نصوصه كالقرار الصادر بسحب العمل ممن تعاقد
معها ، والقرار الصادر بمصادرة التأمين أو إلغاء العقد ، وسوف نعود إلى تفصيل ذلك في المكان
المناسب .

(راجع في هذا الشأن حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم ٧٨٦ - س ١٨) .
(٢) أننا قد نختلف مع بعض الكتاب في تأييدهم الانفصال المطلق بين قواعد القانون العام والخاص
في منازعات العقود الإدارية ، إذ يمكن الاستفادة من النصوص الواردة بالقانون المدني . وذلك فيما
لا يتعارض مع النظام القضائي المتبع في العقود الإدارية ، وتأييدا لوجهة نظرنا نعرض نصوص
القانون المدني بالنسبة للعقد المتعلق بالتزام المرافق العامة ، لنثبت التشابه الواضح بين أحكام القانون
المدني وقواعد القانون الإداري وذلك على النحو التالي :

عقد التزام المرافق العامة في ظل أحكام القانون المدني رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ :

تنص المادة (٦٦٨) من القانون المدني على مايلي :

« التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية ، ويكون هذا العقد
بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة
معينة من الزمن .

وتنص المادة (٦٦٩) من القانون المدني على مايلي :

ملتزم المرفق العام يتعهد بمقتضى العقد الذي يبرمه مع عميله بأن يؤدي لهذا العميل على الوجه
المألوف ، الخدمات المقابلة للأجر الذي يقبضه وفقا للشروط المنصوص عليها في عقد الالتزام
وملحقاته ، والشروط التي تقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من القوانين .

وتنص المادة (٦٧٠) من القانون المدني على مايلي :

(١) إذا كان ملتزم المرفق محتكرا له احتكارا قانونيا أو فعليا ، وجب عليه أن يحقق المساواة
التامة بين عملائه سواء في الخدمات العامة أو في تقاضى الأجور .

(٢) ولا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوي على تخفيض الأجور أو الاعفاء
منها ، على أن ينتفع بهذه المعاملة من يطلب ذلك ممن توافرت فيه شروط بعينها الملتزم بوجه عام .
ولكن المساواة تحرم على الملتزم أن يمنح أحد عملائه ميزات يرفض منحها للآخرين .

(٣) وكل تمييز يمنح على خلاف مانتقضى به الفقرة السابقة يوجب على الملتزم أن يعرض الضرر
الذي قد يصيب الغير من جراء ما يترتب على هذا التمييز من إخلال بالتوازن الطبيعي في المنافسة
المشروعة .

وتنص المادة (٦٧١) من القانون المدني على مايلي :

(١) يكون لتعريفات الأسعار التي قررتها السلطة العامة قوة القانون بالنسبة إلى العقود التي يبرمها
الملتزم مع عملائه فلا يجوز للمتعاقد أن يتفقا على ما يخالفها .

المعايير المحددة للعقد الإداري :

بأى ذى بدء نجد من الأهمية البحث عن المعايير المحددة للعقد الإداري ،
ونعرض هذه المعايير بشيء من الإيجاز ، ومن أهمها مايلي :

(أ) المعيار العضوى أو الشكلى :

(ب) معيار الاختصاص .

(ج) المعيار الموضوعى .

★ ونشير الى هذه المعايير فيما يلى :

١ - المعيار العضوى أو الشكلى :

فى ظل هذا المعيار يمكن القول بأن العقد اداريا اذا كان أحد طرفيه جهة ادارية ،
ويلاحظ أن هذا المعيار اذا كان لازما من حيث وجود الجهة الادارية ، غير أنه غير

= (٢) ويجوز إعادة النظر فى هذا القوائم وتعديلها فانا خلت الأسعار المعمول بها وصديق على
التعديل ، سرت الأسعار الجديدة دون أثر رجعى من الوقت الذى عينه قرار التصديق لسريانها ،
وما يكون جاريا وقت التعديل من اشتراكات فى المرفق العام يسرى عليه هذا التعديل من زيادة أو
نقص فى الأجور وذلك فيما بقى من المدة بعد التاريخ المعين لسريان الأسعار الجديدة .
وتنص المادة (٦٧٢) من القانون المنشى على مايلي :

(١) كل انحراف أو غلط يقع عند تطبيق تعريفه الأسعار على العقود الفردية يكون قابلا
للتصحيح .

(٢) فاذا وقع الانحراف أو الغلط ضد مصلحة العميل ، كان له الحق فى استرداد ما دفعه زيادة
على الاسعار المقررة ، واذا وقع ضد مصلحة الملتزم بالمرفق العام ، كان له الحق فى استكمال
ما نقص من الاسعار المقررة . ويكون باطلا كل اتفاق يخالف ذلك ، ويسقط الحق فى الحالين بانتضاء
سنة من وقت قبض الاجور التى لا تتفق مع الأسعار المقررة .

وتنص المادة (٦٧٣) من القانون المنشى رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ على مايلي :

(١) على عملاء المرافق المتعلقة بتوزيع المياه والغاز والكهرباء والقوى المحركة وما شابه ذلك ،
أن يتحملوا ما يلزم أدوات المرافق عادة من عطل أو خلل لمدة قصيرة ، كهذا الذى تقتضيه صيانة
الأدوات التى يدار بها المرفق .

(٢) ولملتزمى هذه المرافق أن يدفعوا مسئوليتهم عما يصيب المرفق من عطل أو خلل يزيد
على المألوف فى منته أو فى جسامته ، اذا أثبتوا أن ذلك يرجع الى قوة القاهرة خارجة عن
ادارة المرفق ، أو الى حادث مفاجئ ، وقع فى هذه الادارة دون أن يكون فى وسع أية ادارة
بفظة غير مقتررة أن تتوقع حصوله أم أن تدرا نتائجه . ويعتبر الاضراب حائثا مفاجئا اذا
استطاع الملتزم اقامة الدليل على أن وقوع الاضراب كان دون خطأ منه ، وأنه لم يكن فى وسعه
أن يستبدل بالعامل المضربين غيرهم أو أن يتلافى نتيجة اضرابهم بأى وسيلة أخرى .

كاف نظرا لأن الإدارة قد تعقد عقودا إدارية كما يمكن أن تعقد عقودا مدنية عندما لا تستعمل وسائل القانون العام ، فلا يحتوى العقد على شروط استثنائية أو غير مألوفة في العقود الخاصة .

٢ - معيار الاختصاص :

يتجه هذا المعيار الى اعتبار العقد إداريا إذا كان القانون ينص على اختصاص القضاء الإداري بالمنازعات التي تنشأ بصدد .

★ ومن ناحيتنا لا نسلم أيضا بكفاية هذا المعيار لأن العبرة بطبيعته حد ومدى استعمال الإدارة لوسائل القانون العام ومدى أخذها بالشروط الاستثنائية التي تميز العقد الإداري عن غيره من العقود الخاصة .

٣ - المعيار الموضوعي :

يعتبر هذا المعيار من أهم المعايير ، وطبقا له يكون العقد إداريا إذا كان موضوعه وطبيعته تخضع لأحكام القانون الإداري بغض النظر عن شكله ، فطبيعة العقد الإداري تستمد من موضوعه وطبيعته الذاتية وتضمنه شروطا استثنائية لا مثيل لها في عقود القانون الخاص .

★ وجدير بالذكر أن العقد الذي تبرمه الإدارة من أجل تسيير مرفق عام لا يكون إداريا في جميع الأحوال إلا إذا كان المتعاقدان قد اتبعا أسلوب القانون العام دون أسلوب القانون الخاص .

★ ومن أهم ما يميز العقد الإداري طبقا لما سبق بيانه أن يكون متضمنا شروطا استثنائية تكون بمثابة المعيار الحقيقي والفعال في تمييز العقد الإداري ، ويلاحظ أنه ليست هناك نظرية متكاملة لتعريف الشروط الاستثنائية ، ولكن يمكن القول بأنها تلك الشروط غير المألوفة في عقود القانون الخاص .

★ ويمكن للقضاء أن يتعرف على الشروط الاستثنائية من مجموعها وطبيعتها الذاتية ، وليس بضرورة اعتبار العقد إداريا إذا نص فيه على اختصاص القضاء الإداري به ، طالما لم تبين حقيقة الشروط التي يحتوى عليها ، فإذا كانت هذه الشروط التي يتضمنها العقد غير قاطعة في الدلالة على أنها شروط استثنائية ، فلا يمكن أعمال النص المتعلق باختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعة العقدية ، فالعبرة بطبيعة

العقد وليس بشكله . ومع كل نرى ترك هذه المسألة للتفسير القضائي طبقا لما يستشفه القاضي من الوقائع ، والمستندات ، وظروف الأحوال ، والملايسات .

★ ومن أهم صور الشروط الاستثنائية تلك النصوص التي تعطى للإدارة امتيازات التنفيذ المباشر التي تباشرها الإدارة بما لها من سلطة عامة ، ومن هذه الشروط تلك الشروط التي تعطى الإدارة الحق في اتخاذ الإجراءات التي تراها لازمة لحسن تنفيذ العقد بإرادتها المنفردة ، ومثال ذلك حق الإدارة في توقيع الجزاءات على الطرف الآخر في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية .

ومن الشروط الاستثنائية أيضا تلك الشروط التي نجدتها في دفاتر الشروط التي تلزم الأفراد الذين يتقدمون في المزايدات أو المناقصات بمجرد تقديم العطاء ، بينما لا تلزم الإدارة إلا بعد إرساء المناقصة أو المزايدة ثم التصديق على القرار من الجهة المختصة .

ومن أهم الشروط الاستثنائية كذلك تلك الشروط التي تمنح المتعاقد مع الإدارة سلطات استثنائية في مواجهة الغير مثل ما تراه في عقود الالتزام ، حيث نجد الإدارة تمنح الملتزم سلطة نزع الملكية لإقامة المنشآت اللازمة للمرفق موضوع الالتزام .

★ ★ ومجمل القول أن معيار الشروط الاستثنائية هو المعيار العملي لتمييز العقد الإداري عن غيره من عقود القانون الخاص . فالشرط الاستثنائي هو الذي يطبع العقد بطابعه الاستثنائي ، كما يمكن القول بصفة عامة أن الشروط الاستثنائية التي تنطوي على امتيازات السلطة العامة هي التي تقوم وحدها بدور المعيار الموضوعي في تمييز العقد الإداري عن غيره من العقود الأخرى .

ومفاد ما تقدم وإن احتواء العقد على نصوص استثنائية تحتوى على عنصر السلطة العامة يعتبر المعيار العملي الذي يحدد بطريقة مباشرة الطبيعة الإدارية للعقد الإداري .

وخلاصة القول أن الجمع بين الأهداف والوسائل هو مناط اختصاص القضاء الإداري في شأن المنازعات التعاقدية ، فمن الثابت أن الإدارة قد تظهر في تصرفاتها التعاقدية مع الغير بمظهر السلطة العامة ، وذلك حين تضمن عقودها

هذه الطائفة الخاصة من الشروط الاستثنائية التي تبیح لها أن تجرى ما تراه لازما لمصلحة المرفق العام من تعديلات في بنود العقد بارادتها المنفردة ، على غير ما تقتضى به قواعد القانون الخاص التي تجعل العقد شريعة المتعاقدين . وهو ما يجعل من العقد اداريا بطبيعته يحكمه القانون الادارى وتخضع الادارة بسببه للقضاء الادارى .

أما اذا تجردت الادارة في عقودها من مظاهر السلطة العامة فأبرمت هذه العقود على مقتضى أحكام القانون المدنى أو القانون التجارى فإنها تهبط بذلك الى مستوى الأفراد العاديين لتدور معهم في فلك نظام قانونى ونظام قضائى عادى^(١) .

تعليق :

★ جدير بالاحاطة أن العقد الادارى بمفهومه سالف الذكر لا ينشئ ولا يتعدل إلا بإرادة صحيحة من جهة الادارة ، تصدر ممن يملك التعبير عن هذه الارادة ، وفي هذه الحالة يجوز بل يحق للادارة أن تعدل من شروط العقد الادارى في نطاق المبادئ المتفق عليها ، والتي سنعود إلى نكرها تفصيلا ومن أهمها نظرية الظروف الطارئة ، وفعل الأمير .

★ أما إذا لم تلتزم جهة الادارة بقواعد الاختصاص ، وقواعد المشروعية الشكلية والموضوعية ، فلا يحق لها إجراء التعديل - مثال ذلك إذا صدرت تعليمات التعديل من سلطة إدارية غير مختصة ، فإن التعديل لا ينتج أثرا قانونيا صحيحا^(٢) .

الأسس المميزة للعقد الادارى

بناء على ما سبق لنا إيضاحه فالتنا نرى أن الأسس المميزة للعقد الادارى هي :

- (١) أن تكون الادارة طرفا في العقد .
- (٢) أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام من حيث تسييره أو تنظيمه .

(١) دكتور/ طعيمة الجرف : مراقبة القضاء لعمال الادارة العامة ، ط١/ ١٩٦١ - ص ١٥٧ -

١٥٨ .

(٢) المحكمة الادارية العليا - السنة السادسة والعشرون - العدد الأول - من أول اكتوبر سنة ١٩٨٠ إلى آخر فبراير سنة ١٩٨١ بحكمها في الطعن رقم ٨٤٥ لسنة ١٩ ق، جلسة ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٨٠ - ص ٦٨ .

(٣) اتباع وسائل القانون العام ، وذلك بما يتضمنه العقد من شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص .

★ تلك هي الضوابط التي تميز العقد الإداري بطبيعته وتحدد اختصاص القضاء الإداري بالنسبة للمنازعات التي تثار بشأنه ، وتتولى شرح هذه الأسس على النحو التالي :

(أولا) : أن تكون الإدارة طرفا في العقد :

★ أن هذا هو العنصر الأول في تمييز العقود الإدارية ، فالعقد الذي لا يكون أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام ، لا يمكن اعتباره عقدا من العقود الإدارية ، مع التحفظات التي منعوها إلى نكرها بالنسبة لتطور نظرية المرفق العام .

★ وجدير بالذكر أنه على مدى من التطور الإداري ، أصبح من أشخاص القانون : العام ، الأشخاص العامة الإقليمية مثل المحافظة والمركز والمدينة والحي والقرية .

★ ونضيف إلى ما تقدم أن القضاء الإداري قد اعترف في كل من مصر وفرنسا بقيام أشخاص معنوية عامة أخرى طبقا للأفكار الاشتراكية ، وقد أدى ذلك إلى ظهور أجهزة جديدة لم تألفها النظم الحكومية من قبل ، وأصبحت تشرف على كثير من نواحي النشاط الخاص أو المهني ، وتتمتع بقدر كبير من السلطات العامة ، وذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن تلك الأجهزة تعتبر من أشخاص القانون العام .

★ وقد أخذت محكمة القضاء الإداري المصري بهذا الاتجاه فيما يتعلق بالنقابات ، ونضرب لذلك مثلا بنقابات المحامين والأطباء والمهندسين .

★ ويترتب على الاعتراف بالصفة العامة للأشخاص المعنوية العامة أن تصبح عقودها المتضمنة شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص من العقود الإدارية .

★ وجدير بالملاحظة أن عقود شركات القطاع العام وجمعياته لا تعتبر من قبيل العقود الإدارية ، بل من قبيل عقود القانون الخاص ، ويرى الأستاذ الفقيه

الدكتور العميد/ سليمان محمد الطماوى أنه إذا أرادت هذه الشركات والجمعيات أن تستعمل وسائل القانون العام لتضفى الصفة الادارية على عقودها أن تلجأ الى جهة الادارة التى تشرف عليها ، وهى شخص من أشخاص القانون العام الذى أنشأها ، أو الوزارة التى تشرف عليها^(١) .

★ ومن جانبنا نؤيد هذا الرأى بشرط أن تشمل هذه العقود على الشروط الاستثنائية حسبما سبق ايضاحه .

★ ★ وبالبناء على ماتقدم فإن العقد المبرم بين ملتزمى المرافق العامة وبين المتلقين بخدماتها يعتبر عقدا مدنيا ، وكذلك العقود التى يبرمها ملتزمى المرافق العامة أو مقاولى الأشغال العامة مع الأفراد الذين يعاونوهم فى تنفيذ التزاماتهم تعتبر أيضا عقودا مدنية .

★ ★ ومما هو جدير بالذكر أن العقد المبرم بين أفراد يكتسب الصفة الادارية اذا ما تبين أن أحد المتعاقدين انما يتعاقد فى الحقيقة باسم ولحساب جهة ادارية ، وذلك متى توافرت الشروط الأخرى .

★ ★ ونكرر ما سبق الإشارة اليه من أن العقد الذى يبرمه أحد الأشخاص الادارية العامة لا يلزم حتما أن يكون اداريا ، على سند من أن الادارة قد تلجأ الى وسائل القانون الخاص ، فتبرم عقودا مدنية ، أما اذا اتبعت وسائل القانون العام فتعتبر عقودها ادارية ، متى تضمنت شروطا استثنائية .

وخلاصة ما تقدم فإن اشتراط وجود الادارة كطرف فى العقد هو شرط لازم للاحاق الصفة الادارية ولكنه شرط غير كاف .

(ثانيا) : أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام من حيث سيره وتنظيمه^(٢) :

(١) ★ بادىء ذى بدء نجد من المفيد تعريف مفهوم «المرفق العام» حسبما عرفناه بمؤلفنا «الادارة الحديثة للمؤسسات والشركات العامة» حيث أوضحنا مفهوم المرفق العام على النحو التالى :

(١) دكتور/ سليمان عبد الطماوى «الأسس العامة للعقود الادارية» .

(٢) مؤلفنا «الادارة الحديثة للمؤسسات والشركات العامة بمصر والدول العربية وتجربة اشتراك العمال فى الإدارة» ط ١٩٨٨ ص ٢٤ - ٤٤ .

مفهوم المرفق العام ، وأهم عناصره

★ ان عبارة المرفق العام تتسع لمعان متعددة ومن أهمها معنيان أساسيان ، فقد يقصد به موضوع النشاط الذي تمارسه الإدارة العامة ، وهذا هو التعريف المادى أو الموضوعى ، وقد يطلق المفهوم أيضا على الجهاز أو الهيئة التى تباشر النشاط الإدارى أو الاقتصادى وذلك هو التعريف الشكلى أو العضوى .

ونتيجة لهذه الزوايا المختلفة لمفهوم المرفق العام ظهر الخلاف بين الفقهاء فى تعريفه فبعض الفقهاء يتجه الى موضوع النشاط فيأخذ بالتعريف المادى أو الموضوعى ، ويعتبر الأستاذ/ (توجى) من أهم الفقهاء الذين يأخذون بهذا الاتجاه ، اذ يقول «يعتبر مرفقا عاما كل نشاط يجب أن يكفله وينظمه ويتولاه الحكام...»^(١) ويرز هذا التعريف أهمية النشاط الذى يتولاه المرفق العام عن طريق السلطة العامة .

وبعض الفقهاء يتجه فى تعريفه الى الجهاز أو الهيئة الإدارية التى تمارس النشاط فيأخذ بالتعريف الشكلى أو العضوى ، ويعتبر الأستاذ (هوريو) من أهم الذين يأخذون بهذا الاتجاه اذ يقول «المرفق العام هو منظمة عامة من السلطات والاختصاصات تكفل القيام بخدمة معينة تسديها للجمهور على نحو منتظم مطرد»^(٢) .

وجدير بالذكر أن المفهومين السابقين أى المادى والشكلى قد يتلاقيا فى أحوال كثيرة كما قد يختلفا فى أحوال أخرى فيمكن - وهو الوضع الغالب - أن تكون المرافق العامة بالمعنى المادى هى فى نفس الوقت مرافق عامة بالمعنى الشكلى ، غير أنه من الممكن ألا يتطابق المعنيان ، وعلى وجه الخصوص فى ظل التطور السياسى والاقتصادى الذى أدى الى ظهور أنواع جديدة من المرافق ، كالمرافق الاقتصادية ، والمرافق المهنية أو النقابية ، والمشاريع المؤممة حيث نجد تخلف العنصر الشكلى عن العنصر المادى ، ولذلك ظهرت المرافق العامة العضوية الى جانب مرافق عامة تدار بمعرفة الأفراد أو المشروعات الخاصة . وقد تطورت فكرة المرفق العام بشكل أكثر عندما اعترف مجلس الدولة الفرنسى بصفة المرفق العام لبعض المشروعات الخاصة ذات النفع العام التى تخضع لترخيص إدارى مقيد ببعض

Duguit : «Traité de droit constitutionnel» 3e éd) P 61

(١)

Hauriou: Précis de droit administratif (11 éd) P 16

(٢)

الشروط ، وذلك ما يعرف بفكرة المرافق العامة الفعلية أو الحكمية ، ونتيجة لذلك ظهرت طائفتان من المرافق العامة :

(الأولى) هي المرافق العامة العضوية .

(والثانية) هي المرافق العامة الوظيفية فالنوع الأول يتوافر فيه العنصر الشكلي والمادى ، والنوع الثانى يتوافر فيه العنصر المادى أو الموضوعى دون العنصر الشكلي أو العضوى^(١) .

ومن جانبنا نؤيد الاتجاه المادى أو الموضوعى للتعريف وذلك لامكان شموله للنشاط العام ، والنشاط الخاص طالما كان خاضعا لاشراف السلطة العامة ، ونتيجة لذلك يمكن القول بأن المرفق العام هو النشاط الذى يحقق الخدمة العامة سواء قامت به هيئة عامة أو جهاز خاص طالما بقى هذا الجهاز تحت اشراف السلطة العامة وهيمنتها .

ونلاحظ أن عددا غير قليل من الفقه المصرى يؤيد ذلك المفهوم . فالعميد سليمان محمد الطماوى يستهل كلامه عن المرفق العام وعناصره بالقول: يستعمل اصطلاح مرفق عام للدلالة على معنيين ، فقد يستعمل للدلالة على نشاط من نوع معين تقوم به الادارة لصالح الأفراد وهذا هو المعنى الذى نقصده ، والذى يجب أن يخصص له هذا الاصطلاح معنا للبس ، وقد يقصد به المنظمة أو الهيئة التى تقوم بالنشاط السابق ، ثم يتصدى بعد ذلك لتعريف المرفق العام بأنه : «مشروع يعمل باطراد وانتظام تحت اشراف رجال الحكومة بقصد أداء خدمات عامة للجمهور ، مع خضوعه لنظام قانونى معين»^(٢) ومن جانبنا لانوافق على العبارة التى جاءت بتعريف الفقيه الكبير والمتعلقة بالقول «تحت اشراف رجال الحكومة ، ونرى إبدالها بعبارة «تحت اشراف السلطة العامة» .

(١) دكتور/ محمود حافظ «دروس فى المرفق العام» أقيمت على طلبه القانون العام سنة ١٩٦٦ بكلية الحقوق بجامعة القاهرة ص ٧ .

وكذلك فى نفس الموضوع :

J.M Auby et R Ducos- Ader «grande Services Public» P 23 et S. (Paris- 1969) .

مشار الى ذلك بمؤلفنا «الإدارة الحديثة للمؤسسات» (مرجع سابق ص ٢٦) .

وراجع أيضا قضية Bianco وتقرير مفوض الحكومة David فى نفس المرجع هامش ص ١٥ .

(٢) دكتور/ سليمان محمد الطماوى «الوجيز فى القانون الإدارى» دار الفكر العربى - القاهرة

ص ١٩٦٧ ص ٢١٢ - ٢١٥ .

ونرى أن هذا هو التعبير الأدق ، وتأييدا لذلك ، فإن المرافق العامة قد تعقد عقودا ادارية ولا ينطبق عليها تعبير الحكومة وهكذا ...

ولذلك نفضل الأخذ بالمنلول المادى لأنه هو الذى يتفق مع فكرة المرفق العام لما حققته من تطور وازدهار واتساع ... وبناء على ذلك يكون المقصود بالمرفق العام هو الخدمة أو النشاط ذاته الذى يحقق نفعاً أو يسد حاجة عامة بصرف النظر عما اذا كانت الهيئة التى تؤدي الخدمة أو تمارس النشاط هيئة عامة خاضعة للقانون العام أو هيئة خاصة خاضعة للقانون الخاص ، كفرد أو شركة ، على أن يتحقق دائما وفى جميع الأحوال اشراف السلطة العامة وهيمنتها على النشاط المتكور ، وينكر العميد/ عثمان خليل تعريفا موجزا فى هذا الشأن حيث يقول :

«يمكننا تعريف المرفق العام فى ايجاز بأنه مشروع تتولاه الادارة لأداء خدمة»^(١) ونرى كذلك أن تعريف هذا الفقه الكبير غير جامع ولا مانع بل هو تعريف قاصر وغير متكامل حسبما سبق ايضاحه .

ومن التعاريف السابقة نرى أن المرفق العام يقوم على ثلاثة عناصر أساسية وهى :

(١) قيام مشروع معين . (٢) استهداف المشروع تحقيق النفع العام . (٣) خضوع المشروع لهيمنة الحكام (أو الادارة العليا بمعنى آخر) .

ونتكلم عن هذه العناصر فيما يلى :

١ - العنصر الأول : قيام مشروع معين :

يتضمن المرفق العام مشروع أو نشاط ادارى منظم ، ويلاحظ لنا أن كل مشروع سواء كان من المشروعات العامة أو الخاصة يشتمل على دعائم أساسية وهى :

أ - الدعائم البشرية :

تتمثل الدعائم البشرية فى جهاز الادارة العليا والادارة التنفيذية والأجهزة الاستشارية المختلفة ، وينحصر عمل الادارة العليا فى التخطيط العام للمشروع والقيام بتوجيهه وترشيده ، فضلا عن تنظيم ادارته والتنسيق بين أجهزتها المختلفة -

(١) دكتور/ عثمان خليل نظرية المرافق العامة، - القاهرة - ١٩٥٨ - ص ٤٢ .

أما مهمة الإدارة التنفيذية للمشروع ، فتتمثل في نقل سياسة الإدارة العليا من حيز التخطيط الى مرحلة التنفيذ ، وتحقيق الأهداف التي أنشئ المشروع من أجلها ، كما يلتزم بتخطيط برامج العمل بطريقة علمية سليمة حتى يمكن تنفيذها بمعدلات الأداء المطلوبة وفي التوقيت الزمني المناسب - أما عمل الأجهزة الاستشارية فينحصر في البحث والتفكير وتقديم المشورة للقيادات العليا والتنفيذية على حد سواء ، فمثلا تعتبر أجهزة التخطيط الاقتصادي من أهم أجهزة المشورة بالنسبة للمؤسسات والشركات العامة . ويلاحظ أن اختصاصات هذه الأجهزة ينحصر في نطاق البحث والمشورة في شكل توصيات غير ملزمة . وعلى سبيل الاستثناء يمكنها أن تصدر قرارات ملزمة اذا ما قوضت في ذلك الاجراء ، ومن أمثلة الاجهزة الاستشارية في الجامعات لجان البحث العلمي لتقييم بحوث الأساتذة قبل تعيينهم لأن قرار التعيين يصدر من رئيس الجامعة .

ب - الدعامات المادية :

تتمثل هذه الدعامات في مجموع ما يلزم للمشروع من عقارات وأدوات وأموال سائلة وغير سائلة يستفيد بها في تسيير حركته والوفاء بالتزاماته المختلفة .
فللأموال أهمية كبيرة في حياة المشروع لأن المال هو أساس وجود المشروع .

ج - الدعامات القانونية :

إن القوانين واللوائح هي مصدر اشعاع دائم للمشروع ، فهي التي تمدد بالقواعد والأصول القانونية الصحيحة التي تحكم تصرفات القائمين عليه ، والتي تحدد الأصول العامة لاكتساب كافة الحقوق والالتزامات بشتى الالتزامات ، ولذلك فكل مشروع لوائح تنظيمية عامة يلزم بها في حياته الادارية والاقتصادية .

(٢) العنصر الثاني : استهداف المشروع تحقيق النفع العام :

إن المرفق العام في لغة الإدارة العامة لا يخرج عن كونه مشروع يفي بحاجات جماعية ذات نفع عام - فأول ما تراعيه الدولة عند انشاء مرفق عام هو التطلع الى الوفاء بالحاجات العامة ذات النفع العام دون التركيز أساسا على تحقيق الربح ، ولكن ذلك لا يتعارض مع امكان تحقيقه أحيانا مع بقاء الهدف الأصلي للمشروع باقيا في اطار الوفاء بالحاجات العامة ، سواء تمثلت في خدمات أو أعمال عامة ، ولهذا فإن

المشروعات العامة ذات الصبغة الاقتصادية التي تحققها الأجهزة الاقتصادية .
لا تنفصل عن دائرة المرافق العامة بالرغم مما يحققه بعضها من أرباح للدولة .

(٣) **العنصر الثالث : خضوع المشروع لهيمنة الحكام (أو الإدارة العليا للحكام) :**

أن خضوع المشروع لهيمنة الحكام هو أهم عنصر من عناصر تمييز المرفق العام ، فالعنصرين السابقين وهما : قيام المشروع ، واستهداف تحقيق النفع العام ، يمكن توافرهما في المشروعات العامة والخاصة على حد سواء .

والمقصود بتعبير الهيمنة هو سيطرة السلطة العامة على المشروع وقيامها بإدارته بطريق مباشر أو غير مباشر ، كما هو الشأن بالنسبة لإدارة بعض المشروعات العامة بأسلوب الامتياز .

ويلاحظ أن الهيمنة تختلف عن أساليب الاشراف والرقابة التي يمكن أن تخضع لها المشروعات العامة والخاصة على حد سواء . ومن أهم ما يميز الهيمنة عن الاشراف والرقابة ، أنه بمقتضى الهيمنة على المشروع تصبح للدولة عليه كما يقول الفقيه «رولان» حق إصدار الكلمة الأخيرة بشأن تنظيمه ونسيجه^(١) .

والخلاصة : التي نركز عليها هي أن خضوع المرفق العام لهيمنة الإدارة العليا أو بمعنى آخر لهيمنة الحكام يعتبر بمثابة العنصر الأساسي والعامل الجوهرى فى تمييز المرافق العامة عن المشروعات الخاصة . .

(٢) **اتصال العقد بنشاط مرفق عام :**

أن الأخذ بهذا المعنى الواسع للمرفق العام من شأنه امكان اعتبار العقود التي تبرمها المرافق العامة الاقتصادية أى ذات الصبغة الصناعية والتجارية عقودا ادارية ، متى اشتملت على شروط استثنائية .

ومن صور اتصال العقد بنشاط مرفق عام ، صورة اشتراك المتعاقد فى إدارة المرفق ، كما هو الوضع فى عقد التزام المرافق العامة ، حيث يقوم الملتزم بأداء الخدمة العامة بدلا من السلطة الادارية حسبما سبق إيضاحه .

(١) 1943 P 21 «Precis de droit administratif» L. Rolland مشار اليه بمؤلفنا «الإدارة

الحديثة للمؤسسات - مرجع سابق ص ٣٢ .

(ثالثاً) : اتباع وسائل القانون العام ، وذلك بما يتضمنه العقد من شروط استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص :

جدير بالذكر أن هذا هو الشرط الأساسى للاحاق الصفة الادارية بالعقد الادارى ، وما الشرطان السابقان الا مهيذان لهذا الشرط الجوهرى الذى لا يرد عليه أى استثناء على خلاف الشرط الثانى المتعلق باتصال العقد بتسيير مرفق عام .

وتفسير ذلك أنه حين تبرم الادارة عقدا يتصل بمرفق عام ، يجوز لها أن تلجأ بصدد الى أسلوب القانون العام ، وما يتضمنه من وسائل الشروط الاستثنائية ، كما لها أن تعدل عن هذه الوسائل وتستعمل أساليب القانون الخاص أى أساليب الأفراد فى عقودهم الخاصة ، فقد يكون لها مصلحة فى الاتجاه الى أسلوب القانون الخاص لابرام بعض عقودها .

ومثال ذلك أن تتجه ارادة الادارة الى الاسراع فى الحصول على السلع أو الخدمات التى تحتاج اليها وتخشى أن تكون الشروط الاستثنائية شديدة القسوة على المتعاقد معها فتنازل بمحض ارادتها عن أسلوب الشروط الاستثنائية .

ومن أهم ما يمكن الاشارة اليه أن المعيار الذى يستفاد منه أن الادارة آثرت الأخذ بأسلوب القانون العام دون أسلوب القانون الخاص لا يستمد من الشكل الذى اتبع فى ابرام العقد ، أو من الاجراءات التى أتخذت لذلك ، أو على أساس التفرقة بين العقود التى تبرمها السلطة المركزية ، وتلك التى تبرمها الهيئات اللامركزية الاقليمية أو المصلحية ، وانما المعيار الأساسى فى هذا الشأن يكون بالاعتماد على تحليل نصوص العقد ، فاذا ما احتوى العقد على شروط استثنائية غير مألوفة بالقياس الى شروط القانون العادية أو تكون غير مألوفة ، أعتبر عقدا اداريا متى توافرت الشروط الأخرى .

تزويد المرفق العام بالشخصية المعنوية(*)

(أولاً) : مفهوم الشخصية المعنوية :

يتميز موضوع الشخصية المعنوية بالأهمية الكبيرة فى مجال الكلام عن الهيئات

(*) راجع مؤلفنا : الادارة الحديثة للمؤسسات والمؤسسات العلمية بمصر . والدول العربية وتجربة إشراك العمال فى الإدارة - مرجع سابق ص ٢٢ .

اللامركزية سواء كانت لا مركزية اقليمية كالهيات المحلية أو لامركزية مصلحة أو فنية كالمؤسسات العامة .

ولعل أول ما يثور في ذهن القارئ هو التساؤل عن مفهوم الشخصية المعنوية والحقيقة أن جوهر الشخص المعنوي يتمثل في مجموعة من الأشخاص أو الأموال ينظر إليها مجردة عن العناصر المادية المكونة لها ، وبذلك تصبح هذه المجموعة وحدة واحدة وإن تعددت الأشخاص أو تعددت الأموال المكونة لهذه المجموعة^(١) .

هذا وتجدر الإشارة الى أن كلمة شخص أو شخصية (من الزاوية القانونية) هي التي أدت الى الاستفادة من نظرية الشخصية المعنوية واسباغها على الهيات اللامركزية ، فوجود الشخصية الطبيعية أو المعنوية تجعل صاحبها في نظر القانون أهلا لاكتساب الحقوق والالتزام بالالتزامات .

ولأهمية ذلك فقد اختلف فقهاء القانون الإداري حول فكرة الشخصية المعنوية على أساس أن البعض يتصور أن الشخصية لا تثبت الا للأشخاص الطبيعيين وأن منحها للهيات اللامركزية هو محض افتراض أو مجاز ويطلق على أنصار هذا الرأي (أصحاب مذهب المجاز أو الافتراض)^(٢) .

بينما يرى أصحاب مذهب الحقيقة أن الشخصية المعنوية هي حقيقة واقعة

(١) راجع في موضوع الشخصية المعنوية : (أ) في الفقه الفرنسي :

- Bonnard : «Precis de droit adm» P 30 et. S.
- Hauriou : Droit adm 12 ed P 42 et. S.
- Rolland : Precis de droit adm Pavis- 1937, O 24 et S.

هذه المراجع مشار إليها بمؤلفنا : «الإدارة الحديثة ...» مرجع سابق ص ٣٣ .

(ب) في الفقه العربي : نكتور/ عثمان خليل (الإدارة العامة والتنظيم الإداري) . نكتور/ وحيد رأفت (القانون الإداري) القاهرة ١٩٣٩ - نكتور/ زهير جرانة (مبادئ القانون الإداري المصري) القاهرة ١٩٤٣ - المرحوم الدكتور/ توفيق شعاع (مبادئ القانون الإداري) القاهرة ١٩٥٤ / ١٩٥٥ - نكتور/ محمود عاطف البنا (نظم الإدارة المحلية ١٩٦٨) مؤلفنا : الإدارة العامة والتنظيم الإداري في الجمهورية الجزائرية) الطبعة الثانية - الجزائر ١٩٧٥ .

(٢) عرف مذهب المجاز عند الرومان ثم أصبح ينسب بعد ذلك الى العالم الألماني «Savigny» الذي لم يبتدعه غير أنه نجح في تطويره ، وأحسن في عرضه .

ومن أنصار هذا المذهب في الفقه كل من Esmin- Jeze- Bonnard- Bertheimy- Duguit .

على أساس أن الشخص المعنوي شخص حقيقي ولكنه غير مجسم في شكل آدمي ،
فهو من قبيل الحقائق المعنوية المجردة^(١) .

تعريف العقد الإداري

في ختام هذا المطاف الذي تناولنا فيه شرح المعايير والأسس التي يقوم عليها العقد الإداري ومقومات المرفق العام ، فإننا نستطيع أن نعرف العقد الإداري بأنه «العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام . بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وتنظيمه ، والذي يكون هذا الشخص المعنوي العام أظهر نية في الأخذ بشأنه بأسلوب القانون العام ، وتستخلص هذه النية مما ينطوي عليه العقد من شروط استثنائية خارجة على نصوص القانون العادية أو غير مألوفة في تلك النصوص» .

ويترتب على ذلك أن هذا العقد يخضع لنظام استثنائي خاص به ، هو نظام القانون العام ، الذي يختلف عن النظام القانوني الذي يحكم العقود العادية . كما يترتب عليه أن الفصل في منازعاته يصبح من اختصاص القضاء الإداري .

وقد ينص المشرع على اختصاص القضاء الإداري بالنظر في منازعات نوع من العقود . ولكن هذا النص لا يستفاد منه دائما أن تلك العقود إدارية ، إنما ينبغي فحص تلك العقود وتحليل طبيعتها الذاتية .

وقد عرفت المحكمة الإدارية العليا العقد الإداري بأنه «العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام ، أو بمناسبة تسييره وأن تظهر النية بالأخذ بأسلوب القانون العام ، وذلك بتضمين العقد شروطا أو شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص»^(٢) .

أما محكمة النقض فتقول :

«إذا كان القانون لم يعرف العقود الإدارية أو القرارات الإدارية ولم يبين الخصائص التي تميزها والتي يهتدى بها في القول بتوافر الشروط اللازمة لها

(١) شاع مذهب الحقيقة في ألمانيا ، ولذا يطلق عليه البعض المذهب الألماني ، وقد تزعمه أولا الفقيه بسلر «Besler» ولهذا المذهب أنصار كثيرون في كل من ألمانيا وفرنسا ، وفي مقدمة من أخذوا به هم الفقهاء : . Saleilles - Haurio - Foulée - Zeitlemann - René - Michoud وغيرهم . راجع في هذا الشأن مؤلفنا «الإدارة الحديثة للمؤسسات والشركات العامة» - مرجع سابق - ص ٣٣ - ٣٤ متن وهامش .

(٢) المحكمة الإدارية العليا في ١٩٦٧/١٢/٢٠ ، ٣٥٩/٤٨/١٣ .

ولحصانتها من عدم تعرض السلطة القضائية لها بتعطيل أو تأويل ، فإن من وظيفة المحكمة أن تعد هذه العقود وتلك القرارات وصفها القانوني على هدى حكمة التشريع ، ومبدأ الفصل بين السلطات ، وحماية الأفراد ، وحقوقهم وذلك توصلا الى تحديد اختصاصها للفصل في النزاع المطروح عليها أو الاجراء الوقتي المطلوب اتخاذه^(١) .

الفصل الثاني

التعريف بأهم العقود الادارية

هناك عقود ادارية مسماه وهى تلك التى لها نظام قانوني خاص معروف مقدما ، وهناك العقود الادارية غير المسماه التى تبرمها الادارة على خلاف المألوف فى عقود القانون الخاص ، فهى تلك التى تتضمن شروطا استثنائية حسيما سبق بيانه . وتبرم الادارة هذه العقود كلما تطلب تلك مقتضيات سير المرافق العامة سيرا منتظما مضطردا .

وقد نص قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بالفقرة الحادية عشرة من المادة العاشرة على اختصاص المجلس بالمنازعات الخاصة بعقود الالتزام ، والأشغال العامة ، والتوريد ، أو أى عقد اداري آخر ، أى أن النص جاء عاما بذكر عبارة «أى عقد اداري آخر» ، ونرى أن تكييف العقد الاداري الآخر يخضع للمعايير سالفة البيان .

وسنشير الى بعض مسميات العقود الادارية التى لم ينص عليها قانون مجلس الدولة ، ثم نشير الى العقود التى نص عليها قانون المجلس رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ صراحة قبل التصدى لأحكامها المقررة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ المتعلق باصدار تنظيم المنازعات والمزايدات ولائحته التنفيذية وكل ما يتعلق بأحكامها القانونية .

(أولا) : العقود التى لم ينص عليها قانون مجلس الدولة اكتفاء بالنص على عبارة «أى عقد اداري آخر» :

وبهذه المناسبة فإن النص يتسع لأى عقد اداري تتوافر فيه الشروط الاستثنائية التى سبق ايضاحها تفصيلا ، وتتمثل هذه العقود فيمايلي :

(١) الطعن رقم ٤٩٨ لسنة ٢٩ ق - جلسة ١٩٦٤/٧/٧ من ١٥ ص ٩٥٦ ، وراجع نقض ١٩٤٤/١٢/٢٨ فى الطعن رقم ٢٨ من ١٤ - مجموعة ل ٢٥ من ١٣٣ .

(١) عقد النقل :

وهو اتفاق بمقتضاه يتعهد فرد أو شركة بنقل أشياء منقولة للإدارة أو بوضع سفينة تحت تصرفها ، وقد يكون موضوع العقد مقصوراً على مرة واحدة أو عدة مرات .

★ والأحكام القانونية المتعلقة بهذا العقد هي بذاتها أحكام عقد التوريد ، ولا تختلف عنها إلا فيما يتعلق بموضوع كل منهما ، فموضوع عقد النقل يتعلق بنقل أشياء منقولة ، أما موضوع عقد التوريد فيقوم على توريد أصناف . كما أن كلا منهما قد يكون مدنياً أو إدارياً طبقاً لطبيعته الذاتية^(١) .

(٢) عقد تقديم المعاونة :

هو عقد بمقتضاه يلتزم شخص من أشخاص القانون الخاص أو العام بالمساهمة نقداً أو عيناً في نفقات مرفق عام أو تشغيل عامة . وسوف نعود إلى الكلام عن هذا العقد بشيء من التفصيل عند عرض القواعد القانونية في مكانها المناسب .

(٣) عقد القرض العام :

هو عقد بمقتضاه يقرض أحد الأفراد أو البنوك مبلغاً من المال للدولة (أو لشخص معنوي آخر من أشخاص القانون العام) . مقابل تعهداً بدفع فائدة سنوية محددة ، ويرد القرض وفقاً للشروط المتفق عليها في نهاية الأجل المحدد . والأصل أن يتم العقد برضاء الطرفين اختياريًا .

ومن ثم فإن الصفة العقدية بالنسبة للقروض العامة تصبح محل شك في حالة القروض العامة الإلزامية لأنها تتم بإرادة السلطة العامة المنفردة ، ويرى الفقهاء أن القرض العام الإلزامي لا يخرج عن كونه ضريبية^(٢) .

(١) يرى الفقيه الدكتور/ عبد الرزاق السنهوري : «أنه يمكن الاعفاء من المسؤولية العقدية في بعض العقود التي تخضع للقانون المدني ، وبخاصة في عقود النقل ، على أنه إعفاء من الفعل المجرد من الخطأ ومن الخطأ التافه ، أي البسيط ، ويكون الخطأ في هذه الحالة خطأ عقدياً ، لا خطأ تقصيرياً ، ولكن ذلك دون المسؤولية عن الفعل العمد ، أو الخطأ الجسيم ، ونرى أنه يمكن الاستثناء بهذا الرأي في عقود النقل الإدارية .

(دكتور/ عبد الرزاق السنهوري نظرية الالتزام بوجه عام، عقد - ص ٩٢٤ متن وهاش .

(٢) العميد الدكتور/ سليمان محمد الطمولى - مرجع سابق - ص ١٤٩ وما بعدها .

(٤) عقود الإيجار الإدارية .

أن هذه العقود متنوعة وتتمثل في كون الإدارة مستأجرة أو في كونها مؤجرة ففي حالة كون الإدارة مستأجرة تعتبر عقودها من عقود القانون الخاص مالم تتضمن شروطا استثنائية وغير مألوفة . أما في حالة كون الإدارة مؤجرة فاما أن يرد الاتفاق على عين تتبع الدومين الخاص للإدارة (أى المال الخاص) فيكون العقد عقدا خاصا ويخضع لأحكام القانون الخاص ، أما اذا أبرم العقد على عين من أموال الدومين العام (أى المال العام) ، فهنا يوجد احتمال لوجود عقد ادارى ، أو لوجود ترخيص ادارى ، والترخيص بدوره لا يخرج عن كونه قرارا اداريا طبقا للتكييف القانونى الصحيح .

وجدير بالاحاطة أن كلا من قضاء محكمة النقض ، والقضاء الإدارى قد استند الى الشروط الاستثنائية الواردة فى العقد لانكار صفته المدنية ، ونضرب لذلك مثلا بعقود إيجار المقاصف الملحقة بأجهزة الدولة أو بمرافقها ، فهي تعتبر عقود إدارية^(١) .

★ وتفسير التصرف على أنه ترخيص أو عقد إدارى مرجعه الى محكمة الموضوع وعليها أن تستشف نية الإدارة فى حالة عدم وضوح النص ، فإذا كانت نية الإدارة قاطعة فى اتباع أسلوب الترخيص فليس للقضاء الإدارى أن يعقب على هذه الإرادة ، وهنا كما سبق القول تخضع منازعات الترخيص للقضاء الإدارى باعتبارها قرارا إداريا ، أما اذا كانت النية واضحة على أن التصرف يلبس ثوب العقد الإدارى ، فتطبق عليه أحكام هذا العقد ويصبح الفصل فيه خاضعا لاختصاص القضاء الإدارى .

★ وجدير بالاحاطة أنه فى حالة اعتبار التصرف ترخيص إدارى فإنه فى حالة قيام الإدارة بالغائه دون أى مقتضى من مقتضيات المصالح العام مستندة الى سلطتها

(١) قضت محكمة القضاء الإدارى فى القضية رقم ٣٦٤ لسنة ٢٤ ق جلسة ٢٠ فبراير سنة ١٩٧٢ بمايلى : استقلال مقصف بمرافق إدارى وتأخر المستأجر فى سداد قيمة الإيجار يجعل لجهة الإدارة الحق فى فسخ العقد وتأجير المقصف على حساب المستأجر أى المسفل خلال مدة معقولة . وتأخر جهة الإدارة فى إجراء المزايدة الجديدة يعتبر تعصفا فى استعمال حقها - مشار للحكم بمجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة القضاء الإدارى السنة المائنة والعشرون من أكتوبر ١٩٧١ الى آخر سبتمبر ١٩٧٢ ص ٤٥ - ٤٦ .

التقديرية ، يحق لصاحب الترخيص المطالبة بالتعويض حتى لو نص فيه على أنه لا يجوز طلب تعويض عن ذلك ، وذلك تأسيساً على أن السلطة التقديرية ليست سلطة تحكمية ، وإنما هي سلطة ملائمة لتحقيق الصالح العام ، فإذا انتفى الصالح العام فلا يحق للإدارة إلغاء الترخيص . وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري :

«إن الحق في طلب التعويض في تلك الحالات لا يسقط حتى لو نص في الترخيص على أنه لا يجوز طلب تعويضات عن ذلك الإلغاء»^(١) .

(٥) عقود العمل :

وهنا يجب أن تتطوى الخدمة على اتصال دائم بالمرفق العام ، وسنورد بعض الأحكام المتعلقة بهذا الموضوع في المكان المناسب من هذا المؤلف .

(٦) عقود التعهد بالانتظام في الدراسة وخدمة الدولة :

إذا أوفدت الإدارة أحد الموظفين أو أعضاء هيئة التدريس لبعثة دراسية بالخارج مقابل تعهد الشخص بالعودة للعمل بالجهة الإدارية أو بالجهة العلمية المبعوث منها ولم يتم بتنفيذ التزامه ، فيحق للجهة الموقدة أن تطالبه بالتعويض هو ومن كفله . مثال ذلك أنه إذا تقدم عضوا لبعثة بتعهد منه وكفيل له ، فإن القضاء الإداري مستقر على أن التعهد الصادر منهما هو عقد إداري توافرت فيه خصائص ومميزات العقود الإدارية^(٢) .

★ وجدير بالذكر أن المحكمة الإدارية العليا قضت بأن عقد الكفالة لا يشترط فيه الكتابة^(٣) . ونضيف إلى ما تقدم أن مطالبة جهة الإدارة بالتعويض لا يسقط إلا بالتقادم الطويل (أي ١٥ سنة) ما لم تقم جهة الإدارة بقطع التقادم بالطرق القانونية الصحيحة ، ولأهمية هذا النوع من الالتزام نقرر أن الالتزام بنفقات البعثة العلمية

(١) محكمة القضاء الإداري حكمها في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٥٤ سنة ٩ ق - ص ١٤٥ .

(٢) قضت محكمة القضاء الإداري بالسنة ٢٦، من أكتوبر ١٩٧١ إلى آخر ديسمبر ١٩٧٢ - بالمبدأ التالي بجلسة ٢ يناير ١٩٧٢ في القضية ٤٢٢ لسنة ٢٢ ق حيث قالت : «التعهد بالتدريس لمدة خمس سنوات بعد التخرج وعدم توقيع المدعى على التعهد رغم بلوغه سن الرشد لا يثبت الالتزام قبله - والتحاق الطالب بالمعهد وقبول الوزارة لا يكفي للقول بانعقاد عقد غير مكتوب بين المدعى والوزارة ، والكفالة لا تكون صحيحة إلا إذا كلى الالتزام المكفول صحيحاً .

(٣) المحكمة الإدارية العليا : حكمها الصادر في ١٩/١٢/١٩٧٣ - مجموعة المبادئ المؤقتة ص ١٦٩ .

يستند الى نص المادة ٢٢ من القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٥٩ بتنظيم شئون البعثات والاجازات الدراسية والمنح ، أى أن مصدر الالتزام هو القانون ، ومن ثم فإن حق الجهة الادارية فى استرداد مستحققاتها لا يسقط الا بالتقادم الطويل (أى ١٥ سنة) حسبما سبق بيانه . ويكفى المبعوث اذا ما طُلب بنفقات البعثة بعد خمسة عشرة عاما دون قطع جهة الادارة التقادم بالطرق القانونية ، الدفع بسقوط حق جهة الادارة بمصروفات البعثة لانقضاء مدة التقادم الطويل قبل اقامة الدعوى ، وعدم قطع هذه المدة باجراء قاطع للتقادم .

★ وجدير بالاحاطة أن هذه المنازعات الادارية كثيرة فى الحياة العملية ، ومنورد عنها الكثير من الأحكام القضائية فى موضوعها المناسب .

★ وما ينبغى الإشارة إليه أن هناك حكم حديث فى قضية قمنا بمباشرتها أمام محكمة القضاء الادارى ، وانتهى الحكم فيها لصالح موكلنا الدكتور/ عبد العزيز وهبة متولى .

★ ولأهمية هذا الحكم الحديث وغير المنشور نلخصه فيما يلى :

«أقامت وزارة التعليم العالى الدعوى رقم ٥٧٢١ لسنة ٤٣ قضائية ضد الدكتور/ عبد العزيز وهبة متولى ووالده الأستاذ/ وهبة متولى بصفته كفيلا لابنه بصحيفة مودعة قلم كتاب محكمة القضاء الادارى بدارة العقود والتعويضات، تطالب المدعى عليهما متضامنين بما أنفق على المدعى عليه الأول فى بعثة دراسية للولايات المتحدة الامريكية ، بسبب عدم عودته للجامعة ، واستقراره بالولايات المتحدة ، وقدرت مصاريف البعثة المطالب بها بمبلغ : ٤٠٥٥٣ جنيها مصريا ، وكذلك الفوائد القانونية بواقع ٤٪ سنويا من تاريخ المطالبة حتى تاريخ السداد ، وقمنا باثبات الدفع التالى :

ندفع بسقوط حق جهة الادارة بمطالبة المدعى عليهما بمصروفات البعثة لانقضاء مدة التقادم الطويل قبل اقامة الدعوى ، وعدم قطع هذا التقادم بأى اجراء قانونى قاطع للتقادم .

★ وقد استندنا الى أن المدعى عليه الأول حصل على درجة الدكتوراه فى أواخر عام ١٩٧٠ ولم ترفع وزارة التعليم العالى دعواها الا فى ١٢/٩/١٩٨٧ أى بعد فوات

أكثر من خمسة عشر عاما دون اتخاذ أى إجراء قاطع للتقادم خلال هذه المدة ، وبالبناء على ذلك فقد سقطت المطالبة على أساس التقادم الطويل . كما استند دفاعنا الى أنه لا مجال لاعمال أحكام المادة (١٨٧) مدنى التى كان يطالب بها النائب عن جهة الادارة ، (واستندنا الى حكم المحكمة الادارية العليا الصادر بجلستها المعقودة فى ١١/٥/١٩٨٠ فى الطعن رقم ٦٢٦ لسنة ٢٢ قضائية) ، وقد قبلت المحكمة الدفع سالف البيان . وصدر حكمها الحديث غير المنشور يوم الاثنين الموافق ١٧/١/١٩٩٣ وقضى بسقوط الحق المطالب به بالتقادم الطويل ، وقالت المحكمة فى حكمها (يضحى الدفع قائما على أساس سليم من القانون متعيينا قبوله ، وألزمت جهة الادارة المصروفات .

(ثانيا) : العقود الادارية المسماة التى نص عليها قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ :

(١) عقد الالتزام بمرفق عام Le concession de Service Public :

هو عقد ادارى بمقتضاه يتعهد أحد الأفراد (أو احدى الشركات) بتكليف من الدولة أو احدى وحداتها الادارية العامة ، وطبقا للشروط التى توضع له ، بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بأداء خدمة عامة للجمهور ، مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن ، واستيلائه على الأرباح المتفق عليها بعد سداد حصة الدولة وتكون عادة فى صورة الاذن له بتحصيل رسوم من المنتفعين .

(٢) عقد الأشغال العامة Le marché de travail Public :

هو عقد مقاوله بين شخص معنوى عام وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة فى عقار لحساب هذا الشخص المعنوى العام ، وتحقيقا لمصلحة عامة ، مقابل ثمن يحدد فى العقد مثل بناء خزان أو دور للمصالح الحكومية ، أو انشاء ترعة عمومية ، أو ردم برك أو التنظيف والكنس والرش فى الطرق العامة الخ ...

وطبقا للتعريف الذى ذكرناه يشترط فى الأشغال العامة أن تكون لحساب شخص معنوى ، وأن يكون موضوع هذه الأشغال عقارا منقولاً ، وأن يكون العقار مخصصا لمرفق عام ، أو أن يكون الغرض منه على الأقل تحقيق منفعة عامة .

(٣) عقد التوريد : Le marché de Fournitures :

وهو اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة ، يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي العام ، يحتاج إليها مرفق عام ، مقابل ثمن يحدد في العقد مثال ذلك العقود الخاصة بتوريد مواد حربية للجيش ، أو تمويل لأحد المعاهد التعليمية ، أو مهمات أو أدوات مصالح حكومية الخ... (١) .

ومما تجدر الإشارة إليه أن محكمة القضاء الإداري كانت تعتمد في أول الأمر عن طبيعة عقد التوريد على مدى صلة العقد بالمرفق العام (٢) . أما الآن فلن المحكمة تحرص على إبراز الشرط الثالث والمميز للعقود الإدارية وهو إحتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة حسبما سبق بيانه (٣) .

وهناك حكم لمحكمة القضاء الإداري صدر في ١٧ مارس سنة ١٩٥٧ (٤) يوحى ظاهره بأن عقد التوريد هو عقد إداري باستمرار ، وقد استند هذا الحكم في حيثياته إلى مايلي حيث يقول : « قد يوحى قانون مجلس الدولة خلافا للواقع بأن عقد التوريد هو عقد إداري باستمرار حيث أن المادة العاشرة من القانون الرقيم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ قد نصت على أن يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام ، والأشغال العامة والتوريد ، أو بأي عقد إداري آخر ، فعقد التوريد من العقود الإدارية المسماه بنص القانون .

ويلاحظ أن عقد التوريد قد يختلط بعقد آخر فيسرى على كل من العقدين نظامه القانوني المتعلق به ، وقد أبدت المحكمة الإدارية العليا ذلك الاتجاه في حكمها الصادر في ٢٥ يناير سنة ١٩٦٩ .

وجدير بالاحاطة أن هناك عقود تسمى عقود التوريد الصناعية marché de fabrication ou industrielles حيث يقوم بجوار التسليم عنصر آخر هو عنصر صناعة البضائع المتفق على توريدها . ومن ثم يكون للإدارة حرية كبيرة في التدخل أثناء إعداد تلك البضائع للتثبت من صلاحيتها (٥) .

(١) جدير بالذكر أننا نمود الى الكلام عن هذه العقود وعرض تطبيقات لها من خلال الأبواب التالية لهذا الباب المتعلق بالتعريف .

(٢) محكمة القضاء الإداري في ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٢ .

(٣) محمة القضاء الإداري في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ .

(٤) محكمة القضاء الإداري في ١٧ مارس سنة ١٩٥٧ في الدعوى رقم ١٨٢٧ لسنة ١٠ ق .

(٥) دكتور/ سليمان محمد الطماوى - مرجع سابق - ص ١٢٩ .

وبهذه المناسبة فقد قضت المحكمة الادارية العليا في حكمها بتاريخ ١٦ يناير سنة ١٩٨٢ بشأن الاجراءات التي تتخذ في حالة تراخي متعهد التوريد في تنفيذ التزاماته في الميعاد المنصوص عليه في العقد الإداري حيث تقول :

من حيث أن المادة ١٠٥ من لائحة المناقصات والمزايدات (المعدلة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣) بعد أن رخصت للادارة في توقيع غرامة التأخير على المتعهد الذي تراخي في التوريد في الميعاد المنصوص عليه في العقد الإداري أجازت للادارة في حالة استمرار المتعهد على حالة من الامتناع أو التأخير عن التوريد في الميعاد المحدد بالعقد أو خلال المهلة الاضافية أن تتخذ أحد الاجرامين التاليين وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة : أولا :

ثانيا : انتهاء التعاقد بالنسبة للاصناف التي تخلف المتعهد عن توريدها في المواعيد والمهل الاضافية ومصادرة التأمين المدفوع أو مطالبته به أن لم يكن قد سبق له أداء التأمين بما يوازي ١٠٪ من قيمة الاصناف التي لم يتم توريدها . فذلك حق للادارة يرتبط بسلطانها التقديرية ولا تكلف الادارة في هذه الحالة باثبات الضرر لأن الضرر مفترض بفرض غير قابل لاثبات العكس . ولما كان التأمين في العقد الإداري قد شرع أصلا لمصلحة الادارة ومن حمايتها ومن ثم لا يتصور أن يكون قيدها أو ضارها بحقوقها أو معوقا لجبرها ومانعا لها من المطالبة بالتعويضات المقابلة للاضرار الأخرى التي تكون لحقتها من جراء اخلال التعاقد معها بتنفيذ شروط العقد الإداري ، فان للادارة أن تصادر التأمين في حالة انتهاء التعاقد مع المتعاقد الذي تراخي عن تنفيذ العقد الإداري في حدود ١٠٪ من قيمة الاصناف التي أنهت الادارة التعاقد عنها ، وللادارة الرجوع على المتعاقد بالتعويض عن الأضرار المترتبة على امتناعه أو تراخيه في التنفيذ سواء في حدود ١٠٪ من قيمة الأصناف التي أنهت التعاقد عنها أو بما يجاوز تلك القيمة ويجبر الأضرار الحقيقية والفعلية التي لحقت بها من جراء عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية^(١) .

وجدير بالذكر أن التأمين في عقد التوريد الإداري وفي غيره من العقود الادارية

(١) المحكمة الادارية العليا - حكم رقم ٢٥١ - ٢٩٠ لسنة ٢٥ ق - ولكن الحكم ذاته عاد فاعتبر أن مصادرة التأمين بما يوازي ١٠٪ من قيمة الأصناف التي أنهى التعاقد عنها هو التعويض المستحق للادارة في خصوصية تلك المنازعة . (راجع الحكم بمؤلف الدكتور/ عبد المجيد فاضل ، العقد الإداري في مجال التطبيق، ص/ ١٩٨٣ ص ٣٠٥) .

هو ضمان لتنفيذ العقد الإداري ولا يمكن تصور هذا الضمان مالم يكن للإدارة حق مصادرة التأمين ، فلجهة الإدارة حق مصادرة التأمين عند اخلال المتعاقد بتنفيذ شروط العقد دون حاجة الى اثبات ركن الضرر ، لأن ركن الضرر مفترض في العقد الإداري والتأمين يمثل الحد الأدنى للتعويض^(١) .

ويلاحظ أن التعويض المستحق عن اخلال المتعاقد عن تنفيذ العقد يمثل مسؤولية عقدية وليست مسؤولية عن العمل غير المشروع ، والحق في التعويض في هذه الحالة لا يتقادم الا بخمس عشرة سنة^(٢) .



(١) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٩٧٤ لسنة ١٤ ق مشار اليه بمجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري - السنة ٢٦ - مرجع سابق - ص ١١٦ - ١١٨
(٢) المرجع السابق - ص ١١٨ - ١١٩ .

الباب الثاني

المبادئ القانونية المتعلقة بالمناقصة العامة
وغيرها من العقود الادارية مع تطبيقات قضائية

الباب الثانى

المناقصة العامة باعتبارها من أهم العقود الادارية

تمهيد :

سبق لنا التعريف بالعقود الادارية بايجاز عندما تصدينا لهذا التعريف ، ونظرا لما للمناقصة العامة من أهمية كبيرة من الناحية العملية ، نعود الى تكر أحكامها القانونية .

الفصل الأول

الاعلان عن المناقصة العامة والإجراءات الادارية فى شأن التعاقد على أساسها

طبقا للمادة (١٥) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٩ لسنة ١٩٨٢ ، يجب الاعلان عن المناقصة العامة فى الوقت المناسب فى الوقائع المصرية كما ينشر عنها مرتين فى جريدة أو جريدين عربيتين يوميتين واسعتى الانتشار ، وإذا كانت قيمة المناقصة تزيد على ٥٠٠٠٠ جنيها فينشر عنها ثلاث مرات ، ويجب أن يبين فى الاعلان الجهة التى تقدم اليها العطاءات ، وآخر موعد لتقديمها والصنف أو العمل المطلوب وقيمة التأمين الابتدائى والنهائى وثمان النسخة من شروط العطاء ، وأية بيانات أخرى تراها جهة الادارة ضرورية لصالح العمل ، ويجب الاعلان عن المناقصات الخارجية فى مصر والخارج .

★ وتحدد مدة قدرها ثلاثون يوما على الأقل لتقييم العطاءات فى المناقصات العامة وذلك من تاريخ أول اعلان عن المناقصة فى الوقائع المصرية ، ويجوز بتأريض من رئيس الإدارة المركزية المختص بتفسير هذه المدة بشرط ألا تقل عن خمسة عشر يوما اذا دعت الضرورة الى ذلك ، ولا يسرى ذلك التفسير على المناقصات العامة المتعلقة بالتوريدات السنوية الا فى حالة اعادة طرحها ، وتحدد أقل مدة ممكنة لسريان العطاءات بحيث لا تزيد على شهر إلا فى حالات الضرورة القصوى التى تحتتمها طبيعة وظروف موضوع المناقصة بموافقة رئيس الادارة

المركزية المختص ، ونحسب مدة سريان صلاحية العطاءات إعتباراً من التاريخ المحدد لفتح المظاريف ، على أن يتم البت في المناقصة والاختار في حالة القبول قبل انتهاء مدة صلاحية سريان هذه العطاءات ، فإذا تعذر ذلك فعلى الجهة الادارية تطلب في الوقت المناسب الى مقدمى العطاءات قبول مد مدة صلاحية سريان عطاءاتهم الى المدة اللازمة .

ويجب أن تعد كل جهة قبل الاعلان عن المناقصات كراسة خاصة بشروط العطاءات وقوائم الاصناف أو الأعمال وملحقاتها ، ويتم طبعها وتوزيعها بعد ختمها واعتماد مدير المشتريات لها الى من يطلبها وفقاً للقواعد وبالثمن الذى تحدده الجهة الادارية بشرط أن يكون بالتكلفة الفعلية لكراسة شروط العطاءات والمواصفات وكافة المستندات الملحقة بها مضافاً اليه نسبة مئوية لا تزيد على ٢٠٪ كمصروفات ادارية ، ويتبع بشأن هذه الكراسات الاجراءات المخزنية المعمول بها من حيث الاضافة والصرف والالغاء . ويترجم كراسة الشروط والقوائم والمواصفات في حالة المناقصات الخارجية مع ذكر أن النص العربى هو المعمول عليه في حالة الخلاف أو الالتباس في مضمونها ، وفي حالة الغاء المناقصة قبل الميعاد المحدد لفتح المظاريف يرد الى المشتري ثمن كراسة الشروط والقوائم والمواصفات وملحقاتها بناء على طلبه ، وذلك بشرط أن يعيدها كاملة الى الجهة المختصة .

★ ونتناول الخطوات الادارية المتبعة منذ فتح المظاريف وحتى اعتماد المناقصة وحرية الادارة في اختيار المتعاقد ، مع ذكر تطبيقات من أحكام محكمة القضاء الادارى وذلك على النحو التالى :

(١) تشكيل لجنة فتح المظاريف :

★ يكون تشكيل لجنة فتح المظاريف بقرار من رئيس الادارة المركزية برئاسة موظف متناسب وظيفته ودرجته مع أهمية المناقصة وعضوية مدير القسم المختص وموظف فنى بالنسبة الى مقاولات الأعمال ، وعضوية مدير المشتريات أو نائبه بالنسبة الى المشتريات ، ويحضر اللجنة مندوب ادارة الحسابات ليتسلم التأمينات ، ويجوز أن ينص القرار على ضم موظف آخر أو أكثر الى عضوية اللجنة^(١) .

(١) يتعين قبل موعد اجتماع لجنة فتح المظاريف بدب موظف ليتسلم العطاءات التى وردت الى قسم اللورد وإلى القسم المختص ووضعها بداخل صندوق للعطاءات الموجودة بكل جهة ادارية-

★ ويقوم رئيس لجنة فتح المطارييف بفتح صندوق العطاءات في الساعة الثانية عشرة ظهرا في اليوم المعير لفتح المطارييف كآخر موعد لتنظيم العطاءات وعليه اتخاذ الاجراءات القانونية(★)

= والذى تعد فتحه بطريقة لا تسمح باخراج أى شىء من محتوياته ويكون له قفلان يحفظ مفتاح احدهما لدى رئيس الجهة أو من يبييه والتاسى لدى مدير المشتريات أو رئيس القسم المختص
★ كما يجب على قسم الوارد القيام بالتنظيم الفورى لما يرد اليه من عطاءات الى لجنة فتح المطارييف صباح اليوم المحدد لفتح المطارييف وحتى الساعة الثانية عشرة ظهرا موعد فتح المطارييف .

مراجع المواد ١٧ ، ١٨ ، ١٩ ، من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ باصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية .

★ تتمثل هذه الاجراءات فيما يلى :

- (١) اثبات الحالة التى وردت عليها العطاءات بعد التحقق من سلامة الاختام .
- (٢) اثبات عدد المطارييف فى محضر فتح للمطارييف .
- (٣) فحص العطاءات بالتتابع وكل عطاء يفتح مظلوفه بضع رئيس اللجنة عليه وعلى مظلوفه رقما متسلسلا على هيئة كسر اعتيادى بسطه رقم العطاء ومقامه عدد العطاءات الواردة .
- (٤) ترقيم الأوراق المكورة منها العطاء واثبات عدد تلك الأوراق .
- (٥) قراءة اسم مقدم العطاء والأسعار وجملة العطاء على الحاضرين من مقدمى العطاءات أو مندوبيهم .

- (٦) اثبات جملة العطاءات بالتنقيط وقيمة التأمين المؤقت المقدم .
- (٧) التوقيع منه ومن أعضاء اللجنة على العطاء ومظلوفه وكل ورقة من أوراقه على أن تثبت هذه البيانات فى السجل المعد لذلك
- (٨) التأشير بدائرة حمراء حول كل كشط أو تصحيح مع وضع خط أفقى قرين كل صنف لم يوضع له سعر بالعطاء والتأشير عليه ويجب اثبات كل كشط أو تصحيح وضع حوله دائرة حمراء بمحضر لجنة فتح المطارييف مع بيان ما بداخل الدائرة الحمراء تفصيلا .
- (٩) تقطيع الأرقام الغير مغطاة بالحرير الأحمر .

- (١٠) للتوقيع منه ومن أعضاء اللجنة على جميع هذه التأشيرلات .
- (١١) للتوقيع منه ومن جميع أعضاء اللجنة على محضر اللجنة بعد اثبات كافة الخطوات المتقدمة .

(١٢) تسليم التأمينات لمندوب الحسابات بعد توقيعه بالاستلام على محضر فتح المطارييف كما يوقع رئيس الحسابات فى نفس اليوم أو فى اليوم التالى على الأكثر بما يعيد مراجعته للتأمينات الواردة بها وبأنها قبرت بالحساب المختص

- (١٣) ارفاق العطاءات وجميع الأوراق الخاصة والمطارييف التى وردت فيها بمحضر اللجنة وتسليمها لمدير المشتريات أو نائبه أو لرئيس القسم المختص وذلك لحفظها فى خزانة مغطاة
- (١٤) مراجعة العينات المقدمة من مقدمى العطاءات على الكشف الذى تربت به هذه العينات عدد ورونها .

★ ولا يلتفت الى أى عطاء أو تعديل فيه يرد بعد الموعد المعين لفتح المظاريف ولو كان مرسلًا من مقدم العطاء فى تاريخ سابق لفتح المظاريف على أن يراعى تقديمه فور وصوله الى رئيس اللجنة لفتحه والتأشير عليه بساعة وتاريخ وروده ثم يدرج فى كشف العطاءات المتأخرة ، ومع ذلك يجوز للوزير المختص بعد موافقة لجنة البت النظر فى التجاوز عن التأخير فى الحالات التى ترد فيها العطاءات المرسله بطريق البريد قبل انتهاء لجنة فتح المظاريف من عملها وبشرط أن يكون التأخير لأسباب خارجة عن ارادة صاحب العطاء وأن يكون العرض المتأخر فى صالح الخزانة .

أما اذا ورد العطاء بعد انقضاء لجنة فتح المظاريف فلا يجوز قبوله .

★ وفى جميع الأحوال يعمل بأى خفض فى الأسعار الواردة بالعطاء يصل للجنة قبل انتهاء الميعاد المعين لفتح المظاريف .

(٢) لخصاص ادارة المشتريات :

تتولى ادارة المشتريات أو القسم المختص فرز عينات كل صنف وقيدما بالسجل الخاص بالعينات ويجب أن يبين بهذا السجل تاريخ المناقصة ونوعها ، وعلى مدير المشتريات أو رئيس القسم أن يرسل فوراً أو فى خلال اليومين التالين على الأكثر لتاريخ فتح المظاريف ما يقتضى ارساله منها الى المعمل الفنى الحكومى أو الى الجهة الفنية المختصة حتى يتسنى اجراء التحليل المطلوب على وجه السرعة وعند ورود التقارير الخاصة بها تدون جميع البيانات بالسجل المذكور أمام كل عينة ليعرض على لجنة البت .

★ ويلاحظ أن العينات المقدمة مع العطاءات التى لا يمكن بحسب طبيعتها التحقق من مطابقتها للمواصفات أو العينات النموذجية بالمعاينة البسيطة فيجب ارسالها الى المعمل الفنى الحكومى المختص أو الى الجهة الفنية المختصة لفحصها واختيارها اذا كانت قيمة الصنف الواحد تزيد على ألفى جنيه ويعتبر الصنف واحداً ولو اختلفت أوزان أو مقاسات أو ألوان وحداته ، وعلى مدير المشتريات أو رئيس القسم المختص أن يضع عليها أرقاماً سرية (مع مراعاة تعليمات الجهة الفاحصة) ويرسل معها كشفاً تفصيلياً ببيان مفرداتها والغرض الذى من أجله يراد شراء الصنف ومقدار الكمية المطلوبة وثمنها^(١) .

(١) يراعى ترتيبها فى الكشف ترتيباً تصاعدياً على أساس الأسعار المقدمة ويجب توصيح ما هو بوضع عليها من أرقام سرية وأختام وتوقيعات لتمييزها ولضمان عدم استبدال غيرها بها - ومع -

وإذا شكّا مقدم العطاء من حصول خطأ مادي في عطائه فيكون الفصل في الشكوى من اختصاص لجنة البت والوزير المختص بعد استطلاع رأي اللجنة المختصة في مجلس الدولة إذا اقتضى الأمر ذلك .

ويكلف مدير المشتريات أو رئيس القسم المختص موظفا أو أكثر تحت إشرافه بتفريغ العطاءات على الاستمارة المعدة لذلك من ثلاث صور وعليه أن يعيد ايداعها في آخر كل يوم في الخزانة المغلقة لحين الانتهاء من التفريغ وتدوين جميع ملاحظات واشتراطات مقدمي العطاءات التي تخالف اشتراطات جهة الإدارة ، ويجب أن تتم هذه العملية في أقل وقت ممكن حتى يتسنى البت في المناقصة قبل انقضاء مدة سريان العطاءات كما يجب أن يؤشر على الكشف برقم وقيمة اعتماد البند المختص في الموازنة .

وتعمل مطابقة للعطاءات على كشوف التفريغ من اثنين من المراجعين وتوقع بما يفيد هذه المطابقة ثم تقدم الى لجنة البت .

(٣) اختصاص لجنة البت في العطاءات :

يكون تشكيل لجان البت بقرار من سلطة الاعتماد المختصة برئاسة رئيس الإدارة المركزية أو المدير العام المختص أو من ينوبه وعضوية مدير إدارة المشتريات ومندوب فني أو أكثر من داخل الجهة أو خارجها من ذوي الخبرة في الاصناف أو الأعمال المطلوب توريدها أو تنفيذها وممثل للإدارة المالية والإدارة القانونية بالجهة الإدارية على أن تتناسب وظائف الأعضاء وخبراتهم مع أهمية موضوع التعاقد .

- ذكر التاريخ المعين للبت في المناقصة وذلك لكي تقوم الجهة الفاحصة بفحصها وموافاة الجهة المختصة بنتيجة الفحص قبل التاريخ المذكور بوقت كاف ويسمح بفحص العطاءات على ضوء تقرير المعمل عن العينات ورفع التوصيات اللازمة للجنة البت في المناقصة في الميعاد المحدد . وعلى جهة الفحص الفني أن تقوم بفحص العينات واختيارها بالتتابع وأن تختتمها وتضع عليها أرقاماً سرية أخرى لتمييزها وترسل عنها تقريراً وألها بالنتيجة يبين به نسبة الجودة منوية لكل عينة تم تحليلها وذلك للوصول الى أرخص عطاء يثبت من التحليل أو العينة المقدمة منه تتفق والمواصفات وعلى مدير المشتريات أو رئيس القسم المختص أن يتحقق من حفظ تقارير المعمل الفني التي ترد تباعاً بملفات المناقصات بعد إثباتها في السجل الخاص بذلك ، وقبل عرضها على لجنة الفحص وكذلك التأشير أمام كل تقرير برقم الملف المحفوظة فيه .

★ ويكلف موظف مسئول أو أكثر بمراجعة العطاءات قبل تفريقها مراجعة حسابية تفصيلية والترقيم عليها بما يفيد هذه المراجعة وإذا وجد اختلاف بين سعر الوحدة وإجمالي سعر الوحدات يعول على سعر الوحدة ، ويؤخذ بالسعر المبين بالتفصيل في حالة وجود اختلافات بينه وبين السعر المبين بالأرقام وتكون نتيجة هذه المراجعة هي الأساس الذي يعول عليه في تحديد قيمة العطاء وترتيبه .

على أن يمثل وزارة المالية في لجان البت المديرون الماليون بالمحافظات أو المراقبون الماليون بالوزارات أو من يندبه كل منهم وبالنسبة لغيرهم من الجهات فيكون تمثيل وزارة المالية بمن تندبه لذلك على أن يمثل مجلس الدولة أحد أعضاء إدارة الفتوى المختصة بندبه رئيسها في الحدود المنصوص عليها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات .

★ وعلى لجنة البت أن تتأكد من مطابقة كشوف التفريغ للعطاءات ذاتها وعليها أن تفحص العينات والفئات وتقارنها بعضها ببعض ويجب عليها أن تبين بالتفصيل الكافي على كشف تفريغ العطاءات أوجه النقص والمخالفة للشروط أو انمواصفات في العطاءات التي رأت عدم الأخذ بها .

وعلى اللجنة تدوين مناقشتها في محضر يثبت في سجل خاص وترافق أوراق المناقصة صورة من المحضر مؤثر عليها من رئيس اللجنة بما يفيد مطابقتها للأصل .

ويجب عند البت في العطاءات أن تسترشد اللجنة بالأثمان الأخيرة السابق التعامل بها محليا أو خارجيا ويجب بيان هذه الأثمان بكشف التفريغ مع ذكر تاريخ التعامل كما يجب الاسترشاد أيضا بأسعار السوق ، ويقع على عاتق إدارة المشتريات مسئولية الحصول على هذه الأسعار .

وعلى اللجنة إذا رأت إلغاء المناقصة وإعادتها لارتفاع الأسعار أن يكون ذلك بقرار مسبب تفصيلا وأن ترافق أوراق المناقصة الملفاة أوراق المناقصة الجديدة .

ويجب حساب الأسعار على قاعدة واحدة هي قاعدة تسليم الأصناف بمخازن الجهة الإدارية خالصة جميع المصروفات والرسوم مع مراعاة أسعار النقد الأجنبي ومصاريف تحويل العملة وغيرها حتى يمكن عمل مقارنة دقيقة بين العطاءات .

وتجرى المفاوضة والبت في نتائجها وفقا لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات بقرار من السلطة المختصة بالاعتماد بعد موافقة لجنة البت . على أنه إذا اختلف رأى لجنة البت أو رأى أغليبتها مع رأى رئيس الإدارة المركزية أو المدير العام المختص حول استبعاد بعض العطاءات أو اعتبار العطاء أصح العطاءات لارساء المناقصة على مقدمة أو إجراء أو عدم إجراء المفاوضة أو غير ذلك فيعرض الأمر على السلطة الأعلى مباشرة للبت فيه نهائيا .

أما إذا اختلف أعضاء اللجنة في رأى فيجب إثبات أوجه الخلاف في المحضر ويكون الفصل في ذلك للسلطة التي لها حق اعتماد نتيجة المناقصة ، وفي حالة

الاختلاف في الرأي مع المندوب الفني فيجوز لرئيس اللجنة أن يطلب مندوبا آخر للاتضمام الى المندوب الأول للاسترشاد برأيه فاذا اتفق رأيهما يؤخذ به وأن اختلفا يعرض الأمر على رئاستهما لترجيح أحد الرأيين .

وارفع لجنة البت توصياتها موقعة من جميع أعضائها ومن رئيسها للاعتماد من السلطات الآتية .

(أ) المدير العام اذا كانت قيمة المناقصة لا تزيد على ٥٠٠٠٠٠ جنيه (خمسین ألف جنيه) .

(ب) رئيس الادارة المركزية اذا لم تزيد القيمة على ٢٠٠٠٠٠٠ جنيه (مائتي ألف جنيه) .

(ج) الوزير المختص أو من يمارس سلطاته فيما يريد على ذلك .

ويراعى في المناقصات التي تقل قيمتها عن خمسة آلاف جنيه تشكل لجنة بقرار من المدير العام المختص برئاسة موظف مسئول وعضوية موظفين تتناسب وظائفهم وخبراتهم مع موضوع المناقصة وتقوم هذه اللجنة بفتح المظاريف وفحص العطاءات وتفريغها والبت في المنافسة بعد اتمام اجراءات الفحص أو التحليل وتدوين رأيها على كشف التفريغ مع اعتماد توصيات اللجنة من السلطة المصدرة لقرار التشكيل

(٤) شروط قبول العطاء الوحيد :

يجوز بموافقة سلطة الاعتماد المختصة قبول العطاء الوحيد عند نوافر الشرطين التاليين :

(الشرط الأول) : أن تكون حاجة العمل لا تسمح باعادة طرح المناقصة ، أو ألا تكون ثمة فائدة ترجى من اعادتها .

(الشرط الثاني) : أن يكون العطاء الوحيد مطابقا للشروط ومناسبا من حيث السعر^(١)

(١) القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ باصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية - مادة (٣٣) فقرة ثانية)

الفصل الثانى

الغاء المناقصة العامة طبقا لحكم المادة (٣٣)،
من القانون ٩ لسنة ١٩٨٣ ، وشروط الغاء المزايدة
واجراءات تحرير العقد ، واختصاص لجنة البت فى
مفاوضة أصحاب العطاءات

★ طبقا للمادة ٣٣ تلغى المناقصة فى الحالات المنصوص عليها بقانون تنظيم
المناقصات والمزايدات بقرار مسبب من سلطة الاعتماد المختصة ، كما يجوز موافقة
تلك السلطة قبول العطاء الوحيد فى الحالتين التاليتين وهما :

(أ) أن تكون حاجة العمل لا تسمح باعادة طرح المناقصة ، أو لا تكون ثمة
فائدة ترجى من اعادتها .

(ب) أن يكون العطاء الوحيد مطابقا للشروط ومناسبا من حيث السعر . ونورد
بعض التطبيقات القضائية فى هذا الشأن على النحو التالى :

(أولا) : موجز الحكم المتعلق بالغاء المناقصة وتقول المحكمة الادارية العليا :

«ان اللائحة المالية للشركة المصرية للحوم والدواجن المجمدة الصادرة فى
١٩٧٨/٣/٤ - الأصل أن تتم كافة المشتريات عن طريق مناقصة يعلن عنها - يجوز
فى حالة الضرورة والاستعجال اللجوء الى طريق الممارسة ، كما يجوز أن يتم الشراء
فى هذه الحالات بالأمر المباشر ، والمادة (٥٥) من اللائحة المالية للشركة تجيز الغاء
المناقصة بعد النشر عليها وقبل البت فيها اذا اقترنت العطاءات كلها أو بعضها
بتحفظات ولم تسفر للمفاوضات مع مقدمى هذه العطاءات عن التنازل عن تلك
التحفظات ولا تثريب على الشركة فى الغائها للمناقصة بعد أن تبين أن بعض
العطاءات تقدمت بأسعار تقل كثيرا عن أسعار السوق نتيجة للمضاربة بين المقاولين
مما يدل على عدم الجدية ويهدد بتوقف العمل ، اذا ما أُسند لأى من مقدمى هذه
العطاءات واذا قرر مجلس الادارة فى ضوء هذه الظروف الغاء المناقصة المعلن عنها
فانه يكون قد استعمل حقا تجيزه اللائحة المالية للشركة»^(١) .

(١) مجموعة أحكام المحكمة الادارية العليا - لسنة ٢٢ - جزء ثان من أول مارس ١٩٨٧ وحتى
٣٠ سبتمبر ١٩٨٧ - ص ١١٦١ - ١١٦٢ .

(ثانيا) : موجز الحكم المتعلق بإلغاء المزايدة لانخفاض الأسعار :

وإذا رأت لجنة البت أن أعلى العطاءات سعرا في المزايدة يقل عن أسعار السوق مما يستوجب إلغاء المزايدة واعتمدت توصياتها من السلطة المختصة ولم يثبت ثمة انحراف بالسلطة ، فإن القرار الصادر بالإلغاء يكون صحيحا . وأساس ذلك أن المشرع استهدف من إلغاء المزايدة في مثل هذه الحالات تحقيق مصلحة الخزانة العامة فيما يعود عليها من الفرق بين قيمة أعلى عطاء والقيمة السوقية^(١) .

ويجوز للجنة البت مفاوضة أصحاب العطاءات الأقل المقترن بتحفظات ، كما قضى بأنه للنزول عن تحفظاتهم أو بعضها بما يجعل عطاءاتهم متفقة مع شروط المناقصة بقدر الامكان - كما يجوز للجنة البت مفاوضة صاحب العطاء الأقل غير المقترن بتحفظات للنزول بعرضه في مستوى أسعار السوق ، وتجرى المفاوضة في الحالتين المشار إليهما من السلطة المختصة .

★ ★ ★

ضرورة اخطار من قبلت أو رفضت عطاءاتهم

يجب على مدير المشتريات اخطار مقدمي العطاءات الذين قبلت عطاءاتهم ، بنتيجة المناقصة وذلك خلال أسبوع واحد على الأكثر من تاريخ اعتماد نتيجة المناقصة .

★ ويجب أن يطلب في الاخطار ذاته ايداع التأمين النهائي خلال المدة المحددة وكذلك الحضور لتوقيع العقود ، وترافق العقود صورة طبق الأصل من هذه الاخطارات وترسل صورة منها الى مدير المخازن أو الى القسم المختص حسب الأحوال ، كما يجب اخطار مقدمي العطاءات التي تم استبعادها أو غير المقبولة بأسباب الاستبعاد أو عدم القبول .

اجراءات التعاقد وتحرير العقد

يجب أن يحرر عقد عن توريد الأصناف أو تنفيذ الأعمال أو النقل أو الخدمات المعلن عنها بمناقصات عامة متى بلغ مجموع قيمة ما رسا توريده أو تنفيذه ألفي

(١) مجموعة أحكام المحكمة الادارية العليا - السنة ٣٢ - جزء أول من أول أكتوبر ١٩٨٦ حتى فبراير ١٩٨٧ - ص ٢٨٦ - ٢٩١ .

جنبه ، اما فيما يقل عن ذلك فيمكن الاكتفاء بأخذ اقرار مكتوب شاملا كافة الضمانات اللازمة لتنفيذ التعاقد مع تحصيل التأمين النهائي^(١) .

اعتماد المناقصة ومدى حرية الادارة في اختيار المتعاقد والقواعد العامة التي أرسنها محكمة القضاء الادارى في اجازة البيع مباشرة للوزارات والمصالح وانطباق ذلك على شركات القطاع العام دون شركات القطاع الخاص .

أن قرار لجنة البت بارساء المناقصة على أحد المتقدمين ليس الخطوة الأخيرة في التعاقد ، بل ليس الا اجراء تمهيديا . أما عملية التعاقد فانها خطوة أخرى ، لاحقة ، وتختص بها هيئة أخرى ، قد تكون رئيس المصلحة أو رئيس الادارة المركزية أو الوزير المختص حسبما حددته المادة ٣١ من اللائحة الجديدة .

المسلم به أن التزامات الادارة لا تبدأ الا من هذه اللحظة أما قبل ذلك فان التعاقد يكون في دور التكوين . وكل ما يترتب على قرار لجنة البت نتيجة واحدة ، وهي التزام الادارة ألا تتعاقد الا مع من يرسو عليه المزاو أو المناقصة ، وهذا هو ما يعرف بآلية المزاو (أو المناقصة) .

تطبيقات قضائية من أحكام مجلس الدولة الفرنسى ومحكمة القضاء الإدارى المصرية :

★ فى مقابل هذه الآلية ، جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسى على تخويل الادارة حق العدول عن التعاقد اطلاقا . بالغاء المناقصة اذا رأت أن المصلحة العامة فى هذا العدول ، حتى لا تجبر الادارة على التعاقد مع شخص لا تريده .

(١) يحضر العقد من ثلاث نسخ على الأقل يسلم نسخة منها لادارة الحسابات ومعها جميع المعطيات وصورة من كشف التفريغ للمراجعة عليها وتسلم نسخة للمتعهد وتحفظ للنسخة الثالثة بالادارة المختصة بالتنفيذ . ويجب أن يبين على كل صورة قيمة التأمين النهائي ونوعه وتاريخ توريده . ويقوم المتعهد ورئيس القسم المختص أو مدير المشتريات بالتوقيع على العينات النموذجية والعينات المقبولة وختمها بالشمع الأحمر على أن يكون وضع الأختام بطريقة لا يمكن معها تغيير العينات ، ويجب على جهة الادارة ابلاغ مصلحة لضرائب عن كل الصفقات أو الأعمال التى تجريها الجهة على أن يشمل التبليغ البيانات الآتية :

(١) اسم المتعاقد ثلاثيا . (٢) عنوان المنشأة وقسم الشرطة التابعة له . (٣) القيمة الاجمالية للعقد . (٤) طبيعة التعاقد والمدة التى يتم فيها تنفيذه والتاريخ المحدد لنهايته . (٥) رقم السجل التجارى الخاص بالمتعاقد ورقم البطاقة (شخصية أو عائلية) وتاريخ اصدارها . (٦) رقم البطاقة الضريبية .

★ وبهذه فقد فسرت محكمة القضاء الادارى حالتى المفاوضات المشار اليها بحكمها الصادر فى القضية ٧٥٣ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٥٧/٤/٢٨ ومنعرضه بالباب المتعلق بتفسير العقد الادارى .

ومن ثم فانه من الأهمية أن نحدد دور كل من لجنة البت وجهة الادارة المختصة بالتعاقد فيما يتعلق باختيار المتعاقد .

★ وقد أتيج لمحكمة القضاء الادارة المصرية أن تبرز ذلك وتوضحه في صورة مفصلة في كثير من أحكامها والتي تستقى منها الاحكام التالية :

الحكم الأول :

«ان لجنة البت ... تختص باتمام الاجراءات المؤدية الى تعيين من ترسو عليه المناقصة بعد تحقيق شروطها توطنه لاطلاع جهة الادارة بمهمتها الخاصة بابرام العقد . واختصاص اللجنة في هذا الصدد اختصاص مقيد تجرى فيه على قواعد وضعت لصالح الادارة والأفراد على السواء بقصد كفالة احترام مبدأ المساواة بين المتنافسين جميعا . وقد أجملت المواد من ٣ الى ٦ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ وأحكام لائحة المخازن والمشتريات (التي كانت سارية قانونا قبل صدور اللائحة الجديدة) هذا الاختصاص .

وينتهى عمل هذه اللجنة بتقرير أصل العطاءات عن طريق اختيار المناقص الذي تقدم .

ثم يأتي بعد ذلك دور جهة التعاقد وهي الجهة المختصة بابرام العقد مع المناقص الذي وقع عليه اختيار لجنة البت، . .

وتستطرد المحكمة قائلة : «..... ومن حيث أن على هدى مما تقدم لا يمكن القول باعتبار قرار لجنة البت ، بارساء المناقصة - أو المزايدة - بمثابة القبول في العقود ويؤدي الى اتمام التعاقد حتما مع صاحب العطاء الذي اختارته اللجنة ، اذ أن هذه المرحلة النهائية تترتب على إجراء لاحق هو المصادفة على ارساء المناقصة من الجهة الادارية المختصة . وهي جهة التعاقد التي تملك وحدها اصدار القبول تأسيسا على أن القبول الذي يمتد به هو الذي يصدر ممن يملك التعاقد . على أنه اذا جاز اجماع لجنة البت في نطاق اجراءات القبول فهو لا يعدو أن يكون قبولا مؤقتا ، أو هو قبول معلق على اعتماد من الجهة المختصة بابرام العقد ، فلذا اعتمدته ورأت ابرام العقد ، أصبح القبول نهائيا ، والقول بغير ذلك ، وبأن قرار لجنة البت هو بمثابة القبول في العقود ، قول لا يتفق مع نصوص

القانون وغرض الشارع فيما استهدفه من تنظيم ادارى لاجراءات التعاقد ، من مقتضاه ان تتولى هذه الاجراءات ثلاث جهات لكل منها اختصاص معين يتفق مع طبيعة عملها . وتنتهى الاجراءات الى الجهة الادارية المختصة بابرام العقد . فهي وحدها التى تملك قبول التعاقد أو رفضه . كما أن القول بأن قرار لجنة البت بارساء العطاء يعتبر قبولا يتم معه التعاقد هذا القول يؤدى الى تعطيل حق جهة الادارة فى الغاء المناقصة اذا قامت بواعى هذا الالفاء وأسبابه ، حيث يحتج عليها بأن الالفاء يعتبر فسخا للعقد الذى تم ، وهو أمر لا يمكن التسليم به ، ويتعارض مع حكم القانون ، لأن حق الغاء المناقصة حق مقرر لجنة الادارة طبقا لنص المادة السابعة من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤

ولجنة البت هى المرجع النهائى فيما يتعلق بنتيجة المناقصة ، وذلك تأسيسا على أنها الجهة التى تتجمع بين أيديها جميع العناصر الضرورية واللازمة للبت فى أفضل عطاء بعد اجراء المفاضلة والمقارنة بين جميع أصحاب العطاءات ، وهى بحكم تشكيلها تضم من رجال الادارة أصحاب الفن والخبرة والذين يمكنهم الوصول الى اختيار أحسن المتقدمين فى العطاء سواء من الناحية المالية أو الفنية أو الادارية ، وسلطتها فى هذا الخصوص هى سلطة مقيدة ، فلا تملك تعديل شروط المناقصة ، وانما تصدر قرارات بقبول العطاءات أو برفضها وبترتيب المتقدمين للعطاء وبارساء العطاء أو بالغاء المناقصة اذا ما عرض عليها ذلك رئيس المصلحة للأسباب المبررة لذلك قانونا ، كما أن يؤخذ رأيها فى حالة المناقصة طبقا للمادة الخامسة من المرسوم بقانون (السارى قبل القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤) ويترتب قانونا على ارساء العطاء تعيين صاحب العطاء الأفضل الذى سيبرم معه العقد واستبعاد باقى المتقدمين وتحللهم من التزامهم بالاجاب . أما من رسا عليه العطاء ، فلا يتغير مركزه القانونى ، فيبقى ايجابه قائما حتى يعقد العقد ، أو ينتهى الميعاد المحدد فى قائمة الشروط لانتهاه مدة الالتزام بالعطاء ، والخطوة التالية لارساء العطاء هى ابرام العقد بمعرفة السلطة المختصة بذلك قانونا . ولا يحول دون ابرام العقد الا ما قد يدعو رئيس المصلحة الى الغاء المناقصة

★ وترى المحكمة أن القواعد التى تحكم اجراءات المناقصة لا تعتبر مجرد قواعد مصلحة داخلية للادارة أن شاعت تمسكت بها وأن شاعت تنازلت عنها ،

ولكنها قواعد وضعت لصالح الإدارة والأفراد على السواء ، وقصد بها كفالة احترام مبدأ المساواة بين المناقصين جميعا . وبذلك فإن هذه القواعد بمثابة أحكام قانون التعاقد في موضوع المناقصة ، فتلتزم الإدارة والأفراد على السواء ، ويترتب على مخالفتها بطلان ما تصدره الإدارة من قرارات ...^(١) .

الحكم الثانى :

يجيز القضاء الإدارى البيع مباشرة الى الوزارات والمصالح الحكومية دون اللجوء الى إجراءات المزايدة ، وإجازة البيع لها مباشرة ينطبق على شركات القطاع العام قياسا على حالة الوزارات والمصالح الحكومية ، ولا يسرى هذا الحكم على شركات

القطاع الخاص :

ولأهمية هذا الحكم نشير الى ما جاء بحثياته فيما يلى :

١ - ومن حيث إن كان رأى فى مدى سريان أحكام لائحة المناقصات والمزايدات (المعدلة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣) على شركات القطاع بالنسبة للتعاقد معها مباشرة استثناء من أحكام تلك اللائحة ، فإن الثابت من الأوراق أن شركة الأسمدة العضوية التى تم التعاقد معها ليست من عداد شركات القطاع العام ، بل هى شركة من شركات القطاع الخاص يساهم البنك الصناعى فيها بنسبة ٢٠٪ تقريبا من رأسمالها - وثابت ذلك من كتاب محافظة الاسكندرية - إدارة الشئون القانونية - رقم ١٤٢٦ المؤرخ ١٩٧٠/٣/٢٤ والمودع ملف الدعوى ، وإذا كانت الشركة المذكورة قد وضعت تحت حراسة البنك منذ عام سنة ١٩٦٤ وما زالت تحت حراسته الآن - كما جاء بالكتاب المنكور - فإن ذلك لا يضى عليها صفة شركات القطاع العام وبالتالي يجوز التحدى بتطبيق أحكام لائحة المناقصات والمزايدات (المعدلة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣) عليها .

ومن حيث أنه وقد ثبت مما تقدم أن الشركة المذكورة ليست شركة من شركات القطاع العام ، فإن القرار المطعون فيه والصادر لصالحها يكون قد صدر بالمخالفة لأحكام القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ بتنظيم المناقصات والمزايدات (المعدل بالقانون

(١) محكمة القضاء الإدارى فى ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧ - من ١١ من ١٧٢ ومابعدها .

رقم ٩ لسنة ١٩٨٣) اذ تنص المادة الأولى منه على أن «يكون شراء جميع الاصناف والمهمات اللازمة للوزارات والمصالح العامة عن طريق مناقصات عامة يعلن عنها ويجوز عند الضرورة أن يكون الشراء عن طريق مناقصات محلية فيما لا تزيد قيمته على ٥٠٠٠ جنيه أو بدون مناقصات فيما لا تزيد قيمته على ٢٠٠ جنيه بالنسبة للمشتريات العادية و ٢٠٠٠ جنيه بالنسبة لشراء الاصناف المحتكرة من شركات في الخارج ليس لها وكلاء في مصر» ، كما تنص المادة الثامنة من القانون المذكور (المعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣) على أنه «يجوز عند الضرورة فيما عدا الحالات المشار إليها في الفقرة الأولى في المادة ١ مكررا أن يتم التعاقد بطريق الممارسة وفي هذه الحالة يجب قبل صدور قرار الجهة المختصة بإبرام العقد أن تتولى الممارسة لجنة يشترك في عضويتها من تنبيه وزارة الخزانة فيما تزيد قيمته على خمسة آلاف جنيه ويكون قرار هذه اللجنة مسبيا ... كما يجوز للوزارات والمصالح الحكومية أن تشتري بطريق الممارسة وفقا لاحكام هذه المادة ما تحتاجه من منتجات الشركات الصناعية المصرية التي تملك الحكومة فيها أكثر من نصف رأس المال ويصدر بتعيينها قرار من وزير المالية والاقتصاد ويسرى حكم الفقرة السابقة على الشركات التي يرى مجلس الوزراء - بناء على توصية وزارة المالية والاقتصاد - لمصالح الاقتصاد القومي الاتفاق معها على شراء منتجاتها بطريق مباشر بالشروط التي يقررها» .

وتنص المادة ١١ من ذات القانون سالف الذكر (المعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣) على أن : «تسرى الأحكام المتقدمة على مزادات بيع الاصناف والمهمات التي يتقرر التصرف فيها ، كما تسرى أيضا على مقاولات الاعمال ومقاولات النقل ... الخ» .

ومن حيث أن شركة الاسمدة العضوية ليست من شركات القطاع العام مما يجيز القول بقياسها على الوزارات والمصالح الحكومية في مجال تطبيق حكم المادة ١٤٦ من لائحة المناقصات والمزايدات (المعلة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣) بالبيع اليها مباشرة دون اللجوء الى اجراءات المزايدة العامة كما تقضى بنك المائتان الأولى والحادية عشرة من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ بتنظيم المناقصات (المعلة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣) ولا يغير من هذا النظر كونها في حراسة البنك الصناعي ، لأن هذه الحراسة لا تسبغ عليها صفة شركة من

شركات القطاع العام ، كما أن الحكومة لا تملك في رأسمالها ما يزيد على نصف تلك الأسهم وبالتالي ما كان يجوز للجهة الادارية أن تجري معها ممارسة بيع الدماء ورمم الحيوانات النافقة بمقولة أن ذلك كان لصالح الاقتصاد القومي اذ أن الذي يقرر ذلك هو مجلس الوزراء ، وقد جاءت الأوراق خلوا من توصية له في هذا الشأن . وليس من شك فإن طرح تلك العملية في مزاد عام كان سيؤدي حتما الى المنافسة بين المتزايدين مما يحقق مزيدا من الدخل للدولة وهو أمر تغياه المشرع من المزايدات العامة كما أن فيه تكافؤ للفرص بين المتزايدين .

ومن حيث أن المدعى كان له مصلحة أكيدة في الدخول في تلك المزايدة اذ من المحتمل جدا أن ترسو عليه كما سبق أن رمت عليه في السنوات السابقة فمن ثم فلا يجوز القول بأن المدعى ليس له مصلحة في اقامة هذه الدعوى .

ومن حيث أن القرار المطعون فيه وقد صدر مجافيا لأحكام القانون على النحو السالف بيانه فإنه يتعين الحكم بالغاءه مع ما يترتب على ذلك من آثار^(١) .

(١) محكمة القضاء الادارى - للقضية رقم ٢٢ لسنة ٢٣ ق - جلسة ٢ من ابريل سنة ١٩٧٢ -
مشار للحكم بمجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الادارى - للسنة ٢٦ من أكتوبر ١٩٧١ لى آخر سبتمبر ١٩٧٢ .

الفصل الثالث

صور المناقصة المحدودة والمحلية والممارسة والاتفاق المباشر ، واجراءات تنفيذ العقود الادارية والاجراءات التي تتخذ في حالة اخلال المقاول بالتزاماته التعاقدية

المبحث الأول

صور المناقصة المحدودة والمحلية والممارسة والاتفاق المباشر ووثائق العقد

(أولاً) : المناقصة المحدودة

يكون التعاقد بطريق المناقصة المحدودة بقرار من سلطة الاعتماد المختصة ، وتجرى الدعوى لتقديم العطاءات في المناقصات المحدودة بموجب كتب موصى عليها بعلم الوصول تتضمن كافة البيانات الواجب ذكرها في الاعلان عن المناقصة العامة وفق أحكام لائحة القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣^(١) .

كما يجوز الاعلان عنها باذن من رئيس الادارة المركزية أو المدير العام المختص عند الاقتضاء وفي هذه الحالة يجب أن تتبع ذات اجراءات النشر عن المناقصة العامة .

وتجرى المناقصة المحدودة بين أكبر عدد ممكن من المشتغلين بنوع النشاط الخاص بموضوع المناقصة والمقيدين بسجل المقاولين والموردين .

وفيما عدا ما تقدم تخضع المناقصة المحدودة لكافة القواعد والأحكام والاجراءات والشروط المنصوص عنها بهذه اللائحة بالنسبة للمنافسات العامة .

(ثانياً) : المناقصة المحلية

يكون التعاقد بطريق المناقصة المحلية بقرار من رئيس الادارة المركزية المختص ، وتسرى بشأن المناقصات المحلية كافة القواعد والأحكام والاجراءات

(١) راجع المادة ٢٧٠ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ .

والشروط المنصوص عليها في اللائحة بالنسبة الى المناقصات العامة فيما عدا ما يتعلق بالنشر وما ورد بشأنه نص خاص .

وتوجه الدعوى في المناقصات المحلية الى أكبر عدد ممكن من الموردين والمقاولين المحليين الذين تقرر الجهة التعامل معهم من المقيدین بالسجل الخاص بذلك ويجوز توجيه الدعوى الى غير المقيدین بهذا السجل بقرار من سلطة الاعتماد المختصة .

ويقدم العطاء في الغلاف المطبوع المرافق لطلب العطاء المحلي حتى الميعاد المحدد لقبول العطاءات وترسل طلبات العطاءات المحلية الى المقاولين أو الموردين الذين تقرر جهة الادارة دعوتهم الى الاشتراك في المناقصة بواسطة البريد الموصى عليه بعلم الوصول قبل الميعاد المحدد لفتح مظاريف العطاءات بوقت كاف لا يقل عن خمسة أيام وفي حالة الاستعجال يجب ارسالها مع مخصص قبل الموعد المحدد بثمان وأربعين ساعة على الأقل وتسلم بموجب إيصال مؤرخ .

وتفتح العطاءات المحلية في الميعاد المحدد لذلك وتفرغ بمجرد فتحها على الاستمارة المعدة لذلك والتي تحرر من أصل يبقى بالدفتر وصورة ترافق العطاءات .

ويكون اعتماد توصيات لجنة البت في المناقصة المحلية من السلطات المبينة فيمايلي :

- ١ - المدير العام المختص لغاية ٢٠٠٠٠ جنيه .
- ٢ - رئيس الادارة المركزية المختص لغاية ٤٠٠٠٠ جنيه .

(ثالثا) : الممارسة

(١) حالات الممارسة :

يكون التعاقد بطريق الممارسة في الحالات المنصوص عنها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات بقرار من سلطة الاعتماد المختصة وتصدر تلك السلطة قرارا بتشكيل لجنة الممارسة برئاسة وعضوية موظفين ممثلين تتناسب وظائفهم وخبراتهم الفنية والمالية والقانونية مع أهمية الصفقة ونوعها . ويكون تشكيل لجنة الممارسة في حالة اجراء الممارسة في خارج الجمهورية بقرار من الوزير المختص لاحكام القانون المشار اليه .

(٢) توجيه الدعوة لتقديم العروض :

★ توجه الدعوة لتقديم العروض في الممارسات بخطابات موصى عليها بعلم الوصول تتضمن البيانات الواجب ذكرها في الاعلان عن المناقصات العامة والمبينة بهذه اللائحة مع تحديد ميعاد أول اجتماع للجنة الممارسة ليحضره الموردون والمقاولون أو مندوبوهم .

★ ويجب أن توجه الدعوة الى أكبر عدد ممكن من المشتغلين بنوع النشاط موضوع الممارسة والمقيدين بسجل الموردين والمقاولين .

★ كما يجوز الاعلان عن الممارسة وذلك بترخيص من السلطة المختصة بالاعتماد وتتولى لجنة الممارسة مجتمعة اجراء ممارسة الموردين والمقاولين ومناقشتهم في جلسات علنية مفتوحة للموردين والمقاولين أو مندوبيهم ، ثم ترفع اللجنة توصياتها بالنتيجة الى السلطة المختصة بالاعتماد مالم تكن اللجنة مفوضة بالتعاقد مباشرة .

★ ويجوز للجنة الممارسة في حالة الضرورة والاستعجال وبموافقة السلطة المختصة أن تنتقل الى مقر الموردين أو المقاولين لممارستهم والحصول منهم على عروض مستوفاة وفقا لاحكام هذه اللائحة ، وفي هذه الحالة يتعين على اللجنة أن تكفل علنية العروض لجميع المشهورين في الممارسة وأن تثبت في محضر الممارسة ما اتخذته اللجنة من اجراءات في هذا الشأن . ويجب على لجنة الممارسة أن تثبت كافة ما اتخذته من اجراءات ومناقشات في محضر متضمن توصياتها وموقع عليه من جميع أعضائها .

(٣) اعتماد توصيات لجنة الممارسة :

يكون اعتماد توصيات لجنة الممارسة من السلطات الآتية :

- ١ - المدير العام المختص لغاية . ٢٠٠٠٠ جنيه .
- ٢ - رئيس الادارة المركزية المختص لغاية . ٥٠٠٠٠ جنيه .
- ٣ - الوزير المختص أو من يمارس سلطاته فيما يزيد على ذلك .

ويخضع للتعاقد بطريق الممارسة للشروط العامة للمناقصات العامة فيما لم يرد فيه نص خاص بهذه اللائحة .

(رابعاً) : الاتفاق المباشر

يجب فى حالات الضرورة التى يتم فيها اجراء الشراء أو الخدمات أو تنفيذ مقاولات النقل أو مقاولات الأعمال بطريق الاتفاق المباشر فى حدود أحكام تنظيم المناقصات والمزايدات أن يتم ذلك بترخيص من رئيس الادارة المركزية أو المدير العام المختص وأن تبين فى المستندات الأسباب الملحة التى تقضى باتباع طريق الاتفاق المباشر وأن يدون الموظف المسئول على مستندات الصرف اقراراً بأن الأصناف أو الأعمال مطابقة من حيث النوع والمواصفات للفرص المطلوبة من أجله وأن الأسعار مناسبة .

ويكون اعتماد نتيجة التعاقد بهذا الطريق من السلطات الآتية :

(١) المدير العام المختص لغاية ١٠٠٠ جنيه (ألف جنيه) بالنسبة للمشتريات العامة والخدمات ومقاولات النقل ، و ٢٠٠٠ جنيه (ألفى جنيه) بالنسبة لمقاولات الأعمال ، و ٤٠٠٠ جنيه (أربعة آلاف جنيه) بالنسبة لشراء أصناف محتكرة من شركات فى الخارج ليس لها وكلاء فى مصر .

(٢) رئيس الادارة المركزية فيما يزيد على ذلك .

ولايجوز تكرار التعاقد بطريق الاتفاق المباشر أكثر من مرة واحدة فى السنة الواحدة بالنسبة الى ذات عملية الشراء أو الخدمة أو مقولة الأعمال أو النقل الا فى حالة الضرورة وبموافقة الوزير المختص^(١) .

(١) جدير بالذكر أنه يتم الشراء بالأمر المباشر اذا كان الصنف المطلوب ليس له الا مورد واحد يكون هو المنتج أو الموزع أو الوكيل الوحيد مثل جوالات الجوت الجديدة لتعبئة السكر من انتاج الشركة العامة لمنتجات الجوت وأصناف الصاج وقطاعات الحديد من انتاج شركة الحديد والصلب المصرية وقطع غيار السيارات أو الجرارات التى لها وكيل يقوم بتوزيعها والأسمنت الذى يقوم بتوزيعه مكتب بيع الاسمنت .

كما يتم الشراء بالأمر المباشر أحياناً اذا كان قد سبق شراء نفس الصنف منذ فترة ليست طويلة وتم شراؤه بناء على مناقصة ولم يطرأ على ظروف السوق ما يوجب بتغيير الأسعار . وفى هذه الحالة يتم شراء الصنف بالأمر المباشر من نفس المورد السابق وينفس السعر والشروط . ويلزم قبل اصدار الأمر المباشر الحصول على عرض كتابى من المورد كما يحدث فى حالات المناقصات والممارمات . ويكون العرض متضمناً كافة التفاصيل وأهمها المواصفات كاملة والأسعار وموعد التسليم ومكان التسليم وشروط الدفع ومدة سريان العرض كما يلزم أيضاً اعتماد عملية الشراء المباشر من سلطة الشراء المختصة قبل اصدار الأمر المباشر . ويراعى أيضاً فى هذه الحالة أن يتكرر عند اعتماد العملية مبررات للتنفيذ بالأمر المباشر دون المناقصة .

يراجع فى هذا الموضوع :

الدكتور/ على عبد المجيد عبده، إدارة المشتريات والمخازن، - الطبعة السادسة - س ١٩٧٠ - ص ١٦٤ .

المبحث الثاني

وشائق العقد

مدى اشتراط الشكل الكتابي في العقد : الأصل في العقود الادارية أن تكون محررة سواء أبرمت عن طريق الممارسة أو المناقصة ، وهذه سمة أخرى من سمات ابرام العقود الادارية الا في الحالات المستثناءة^(١) ونشير الى قائمة الشروط على النحو التالي :

قائمة الشروط :

بإستثناء بعض العقود الغير مكتوبة ، فان العقود الادارية تكون مكتوبة وتشمل بصفة عامة أكثر من وثيقة يطلق عليها في مجموعها اسم قائمة الشروط ، وتشمل هذه الوثيقة على مايلي :

(أ) دفتر الشروط والمواصفات العامة : وهو الذي يحدد الشروط الادارية

(١) الأصل في عقود الادارة مو اخضاعها لقاعدة أن الكتابة لا تلزم الا حيث يشترطها المشرع صراحة . ولكن بالرغم من هذه القاعدة المصلح بها . فان مجال الكتابة في العقود الادارية منسج جدا ، وهو بالمعنى الذي أشارت اليه المحكمة الادارية العليا في الكثير من أحكامها . وبالرجوع الى لائحة المناقصات والمزايدات نجد أنها قد وضعت قاعدة عامة بالنسبة الى العقود التي يتم ابرامها عن طريق المناقصات العامة ، وذلك في المادة ٣٥ منها حيث تقول : «يجب أن يحرر عقد عن توريد الاصناف أو تنفيذ الاعمال أو النقل أو الخدمات المعلن عنها بمناقصات عامة ، متى بلغ مجموع ماركسا توريده أو تنفيذه ألفي جنيه . أما فيما يقل عن ذلك ، فيمكن الاكتفاء بأخذ اقرار مكتوب شاملا كافة الضمانات اللازمة لتنفيذ التعاقد مع تحصيل التأمين النهائي ..» ويلاحظ أن المناقصة المحدودة تخضع كأصل عام للاحكام المقررة بالنسبة للمناقصات العامة (مادة ٣٩) من اللائحة الجديدة وكذلك الشأن بالنسبة للمنافسة المحلية (مادة ٤٠ من اللائحة الجديدة) أما فيما يتعلق بالتعاقد بطريق الممارسة فانها تخضع للشروط العامة فيما لم يرد فيه نص خاص بلائحة المناقصات والمزايدات (مادة ٤٩) .

وبخصوص التعاقد عن طريق الاتفاق المباشر ، لم تشترط المادة ٥٠ من اللائحة الجديدة الشكل الكتابي ، وان كانت قد اشترطت أن يتم التعاقد عن هذا الطريق بمقتضى ترخيص من رئيس الادارة أو رئيس المصلحة المختص ، وأن يبين في المستندات الأسباب الملحة التي تقضى باتباع طريق الاتفاق المباشر ، وأن يدون المسئول على مستندات الصرف اقرارا بأن الاصناف أو الأعمال مطابقة من حيث النوع والمواصفات ...، وهذه خطوات تقتضى الكتابة .

وخلاصة القول أنه كما يقول دى لويانير، أن الادارة لا تلتزم بالكتابة [لا حيث يحرص عليها الشكل الكتابي «L,administration n'est tenue d'employer la Forme» «ecrite que Presque la Loi impose cette forme»

العامّة التي تنطبق على كل عقد تبرمه وزارة أو مصلحة ومثال ذلك في مصر دفتر الشروط العامّة والمواصفات المتعلق بوزارة الحربية ، أو بمصلحة المبانى ، أو بمصلحة الطرق والكبارى ، أو بمصلحة الميكانيكا والكهرباء الخ .

(ب) دفتر الشروط الخاصّة وجداول الفئات : وهى التى تبين الشروط المتعلقة بكل عقد يراد إبرامه ، ويرفق بهذه الدفاتر مستندات تتعلق بتفاصيل المواصفات والرسومات والمقاييسات ، فتبين على وجه التحديد الأشغال المطلوب اجراؤها أو السلع المطلوب توريدها ، مع بيانات منفصلة عن طبيعة المواد التى تستعمل ومصدرها الخ ... ، وأخرى تتعلق بسعر كل وحدة من وحدات العمل فى عقد الأشغال (مثل ثمن طن الاسمنت أو المتر المكعب من الطوب ..) أو من الأصناف المطلوب توريدها ، والتقدير الاجمالى للعملية فى مجموعها على أساس ثمن كل وحدة الخ ... كما أن دفاتر الشروط الخاصّة تبين كيفية أداء الأشغال أو تسليم الأصناف المطلوبة ، والمدة التى ينفذ العقد فى خلالها ، وشروط تقديم سلفيات ، أو صرف دفعات على حساب المبلغ الاجمالى الذى سيدفع الخ ...

(ج) الطبيعة القانونية لقائمة الشروط : هذه الوثائق التى يطلق عليها بصفة اجمالية اسم قائمة الشروط ، هى التى تبين موضوع العقد وتحدد الالتزامات المتبادلة لكل من طرفيه . فما طبيعتها القانونية ؟ هل نصوصها كلها تعاقدية ؟ أم أنها كلها نصوص تنظيمية ؟ أم تشمل قائمة الشروط على كلا النوعين من النصوص .

يرى الأستاذ الدكتور/ توفيق شحاته أنه ينبغى بهذا الصدد التمييز بين عقد الالتزام من ناحية ، وبقية العقود الادارية من ناحية أخرى .

ففيما يتعلق بالعقود الادارية غير عقد الالتزام ، فإنه يرى أن نصوصها تعتبر تعاقدية . ولا يقدح فى هذا رأى كون هذه النصوص توضع عادة من جانب واحد (وهو جانب الادارة) اذ يكون اعتبارها بمثابة عقود اذعان ، كما لايؤثر فى ذلك الاعتراف للادارة بالسلطة فى أن تعدل من جانبها وحدها بعض نصوص العقد ، اذ أن سلطة التعديل تستند الى فكرة أخرى وهى فكرة ضرورة سير المرافق العامة سيراً منتظماً .

أما بالقياس الى عقد التزام المرافق العامة (وهو العقد الذى أثّرت بشأنه مناقشات

عديدة في هذا الموضوع) فان قائمة الشروط الخاصة به تشتمل على نصوص بعضها تعاقدى وبعضها الآخر تنظيمي^(١) .

★ أما الرأي الراجح في القانون الإداري فانه يتفق على التمييز بين عقد الامتياز ، وبين العقود الادارية الأخرى : أما بالنسبة الى عقد الامتياز فلن التكيف يتم على أساس التمييز بين الشروط اللاتحبة والشروط التعاقدية ، وأما بالنسبة الى العقود الأخرى ، فلن التكيف يتم على أساس التمييز التالي :

(أ) الشروط التي تتعلق بتنفيذ العقد : وهي مجرد نماذج لا تلزم المتعاقد الا بعد توقيعه على العقد . ولكن بمجرد توقيعه على عقد من العقود يشار فيه الى دفتر من دفاتر الشروط العامة ، فلن الشروط الواردة بذلك الدفتر تعتبر جزءا لا يتجزأ من العقد .

أما بالنسبة الى الادارة فان تلك الشروط ملزمة بمعنى أنه يتعين عليها احترامها عند التعاقد باعتبارها ذات طبيعة لائحة « Réglementaire » ولا تستطيع الادارة التعديل في تلك الشروط عند التعاقد الا في الحدود المسموح بها^(٢) .

★ ويترتب على التكيف السابق نتائج هامة منها^(٣) :

١ - أن تلك الشروط ، ولو كانت الادارة ملزمة باحترامها ، لا تلزم المتعاقد الا اذا أشير الى دفتر الشروط العامة التي يتضمنها في العقد صراحة ، بحيث لو أهملت الادارة ذلك ، فانها لا تستطيع أن تتمسك بتلك الشروط في مواجهة المتعاقد بعد ذلك . ولهذا فإنه إذا أشير في عقد من العقود إلى بعض الشروط الواردة في دفتر الشروط العامة ، فلن هذه الشروط وحدها هي التي تطبق .

٢ - بل ويجرى التقليد في فرنسا على أن الادارة عند ابرامها لعقد من العقود تملك أن تشير الى دفتر شروط عامة متعلق بوزارة أو بمصلحة أخرى مما يوضح أن تلك الدفاتر هي مجرد نماذج . كما أن للوزارة عند ابرامها لعقد معين ، كعقد أشغال

(١) دكتور/ توفيق شحاته مبادئ القانون الإداري - مرجع سابق - ص ٧٨٦ ، ٧٨٧ .

(٢) راجع موجز بونلر في القانون الإداري - ص ٦١٦ ، ومطول بارتملي في القانون الإداري ص ٧١٩ ، ودي لويانير ص ٣٥٤ .

(٣) الدكتور/ سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقد الادارية ، - مرجع سابق - ص ٣٨٠ .

عامة مثلا ، أن تشير الى بعض الشروط الواردة في دفتر شروط عامة متعلقة بعقد آخر كمقد التوريد .

٣ - اذا عدلت الادارة دفتر شروط عامة سبق أن أشارت اليه في عقد من العقود ، فإن دفتر الشروط العامة القديم هو الذى يحكم العلاقة التعاقدية لتلك الشروط في مواجهة المتعاقد .

(ب) الشروط التى تتعلق بإبرام العقد : وهذه الشروط التى توضح لرجال الادارة كيفية إبرام العقد ، وتعتبر بطبيعة الحال ذات طبيعة لائحية باعتبارها قرارا صادرا من الوزير .

ولما كانت كيفية التعاقد مبينة في العادة في القرارات واللوائح المنظمة للمناقصات والمزايدات العامة ، فإن معظم ما يرد في دفاتر الشروط العامة بهذا الخصوص ، هو من قبيل الأوامر والاجراءات الداخلية التى لا يترتب على مخالفتها بطلان التعاقد ، وان تعرضت مخالفتها للمقاب الادارى .

المبحث الثالث

الاجراءات القانونية في تنفيذ العقود الادارية ، والاجراءات التى تتخذ في حالة اخلال المقاول بالتزاماته

(أولا) : تبدأ المدة المحددة للتوريد في عقود التوريد من اليوم التالى لاختار المتعهد بقبول عطائه الا اذا أُنقِ على خلاف ذلك ، ويكون لخطار المتعهدين في الخارج بموجب برقيات توريد بكتاب لاحق ، على أن يتضمن الاخطار بالاضافة الى ما تضمنته المادة ٣٤ من اللائحة الاصناف والكميات والفئات ومواعيد بدء التوريد وانتهائه .

وتبدأ المدة المحددة لتنفيذ عقود الأعمال من التاريخ الذى يسلم فيه الموقع للمقاول ، ويكون التسليم بموجب محضر بوقع من الطرفين ومحرر من نسختين تسلم أحدهما للمقاول وتحتفظ جهة الادارة بالنسخة الأخرى واذا لم يحضر المقاول أو مندوبه لتسلم الموقع في التاريخ الذى تكون جهة الادارة قد عينته

له فى اخطار قبول العطاء فيحرر محضر بذلك ويعتبر هذا التاريخ موعدا لبدء تنفيذ العمل . واذا اخل المتعاقد بأى شرط من شروط العقد كان للجهة المتعاقدة الحق فى فسخ العقد أو تنفيذه على حسابه .

ويتقرر الفسخ أو التنفيذ على حساب المقاول بقرار من السلطة المختصة بالاعتماد يعلن الى المتعاقد بكتاب موسى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين فى العقد وذلك دون حاجة الى اتخاذ أية اجراءات ادارية أو قضائية أخرى .

ولا يجوز للمتعهد أو المقاول النزول عن العقد أو عن المبالغ المستحقة له كلها ، أو بعضها ، ومع ذلك يجوز أن يتنازل عن تلك المبالغ لأحد البنوك ويكتفى فى هذه الحالة بتصديق البنك ويبقى المتعهد أو المقاول مسئولاً عن تنفيذ العقد ولا يخل قبول نزوله عن المبلغ المستحق له بما يكون لجهة الادارة قبله من حقوق .

واذا توفى المتعهد أو المقاول جاز لجهة الادارة فسخ العقد مع رد التأمين اذا لم يكن لجهة الادارة مطالبات قبل المتعهد أو السماح للورثة بالاستمرار فى تنفيذ العقد بشرط أن يعينوا عنهم وكيلًا بتوكيل مصدق على التوقيعات فيه ويوافق عليه رئيس الادارة المركزية المختص .

واذا كان العقد مبرما مع أكثر من متعهد أو مقاول وتوفى أحدهم فيكون لجهة الادارة الحق فى انهاء العقد مع رد التأمين ، أو مطالبة باقى المتعهدين بالاستمرار فى تنفيذ العقد .

★ ويحصل الانتهاء فى جميع هذه الحالات بموجب كتاب موسى عليه بعلم الوصول دون حاجة الى اتخاذ أية اجراءات أخرى ، أو الالتجاء الى القضاء .

ويحق للجهات الادارية التى تسرى عليها أحكام هذه اللائحة تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقص فى حدود ١٥٪ فى عقود التوريد و ٣٠٪ فى عقود توريد الأغذية و ٢٥٪ فى عقود الأعمال بذات الشروط والأسعار دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق فى المطالبة بأى تعويض عن ذلك .

ويجوز بقرار من السلطة المختصة وبموافقة المتعاقد تجاوز الحدود الواردة بالفقرة السابقة فى حالات الضرورة الطارئة بشرط ألا يؤثر ذلك على أولوية المتعاقد فى ترتيب عطائه ووجود الاعتماد المالى اللازم .

(ثانيا) : شروط عقود مقاولات الأعمال

(١) التزامات المقاول بالقوانين واللوائح :

حسبما سبق بيانه يلتزم المقاول باتباع جميع القوانين واللوائح الحكومية والمحلية ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد بما في ذلك استخراج الرخصة - كما يكون مسئولا عن حفظ النظام بموقع العمل وتنفيذ أوامر الادارة بإبعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش أو يخالف أحكام هذه الشروط . ويلتزم المقاول أيضا باتخاذ كل ما يكفل منع الاصابات أو حوادث الوفاة للعمال أو أى شخص آخر أو الأضرار بممتلكات الحكومة أو الأفراد وتعتبر مسئوليته في هذه الحالات مباشرة بكون تدخل لجهة الادارة .

وفي حالة اخلاعه بتلك الالتزامات يكون لجهة الادارة الحق في تنفيذها على نفقته .

ويلتزم المقاول بأن يتحرى بنفسه طبيعة الأعمال وعمل كل مايلزم لذلك من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والتصميمات المعتمدة وعليه إخطار جهة الادارة في الوقت المناسب بملاحظته عليها ويكون مسئولا عن جميع هذه الرسوم والتصميمات كما لو كانت مقدمة منه^(١) .

(١) جدير بالذكر أن جميع المواد والمشتريات المعتمدة والقطع والأدوات والآلات التي تكون قد استحضرت بمعرفة المقاول لمنطقة العمل أو على الأرض المشغولة بمعرفة المقاول بقصد استعمالها في تنفيذ العمل وكذلك جميع الأعمال والمنشآت الوقتية الأخرى تظل كما هي ولا يجوز نقلها أو التصرف فيها الا باذن جهة الادارة الى أن يتم التسليم المؤقت على أن تبقى في عهدة المقاول وتحت حراسته ومسئوليته وحده ولا تتحمل جهة الادارة في شأنها أية مسئولية بسبب الضياع أو التلف أو السرقة أو غير ذلك .

ويجب على المقاول أن يهيئ مكانا صالحا لتشييد المواد القابلة للتلف بسبب العوامل الجوية وذلك لوقايتها منها بطريقة يوافق عليها مهندس جهة الادارة .

ويلاحظ أن المقايير والأوزان الواردة بجدول الفئات هي مقايير وأوزان تقريبية قابلة للزيادة والعجز تبعا لطبيعة العملية والغرض منها هو بيان مقدار العمل بصفة عامة والأثمان التي تدفع للمقاول تكون على أساس الكميات التي تنفذ فعلا ، سواء أكانت تلك الكميات أقل أم أكثر من الوارد بالمقاييس أو الرسومات وسواء نشأت الزيادة أو العجز عن خطأ في حساب المقاييس الابتدائية أو عن تغييرات أدخلت في العمل طبقا لاحكام العقد وبمراعاة ألا يؤثر ذلك على أولوية المقاول في ترتيب عطائه .

ويعتبر المقاول مسئولا عن التحرى بنفسه عن صحة المقايير والأوزان وتعتبر فئة من الفئات -

(ثالثا) : التزام المقاول بانتهاء الأعمال :

★ ويلتزم المقاول بانتهاء الأعمال موضوع التعاقد بحيث تكون صالحة تماما للتسليم المؤقت في المواعيد المحددة فإذا تأخر جاز للسلطة المختصة بالاعتماد اذا اقتضت المصلحة العامة اعطائه مهلة اضافية لاتمام التنفيذ على أن توقع عليه غرامة عن المدة التي يتأخر فيها انتهاء العمل بعد الميعاد المحدد الى أن يتم التسليم المؤقت - ولا يدخل في حساب مدة التأخير مدد التوقف التي يثبت لجهة الادارة حدوثها عن أسباب قهرية^(١) .

(رابعا) : الاجراءات التي تتخذ في حالة اخلال المقاول بالتزاماته :

★ اذا اخل المقاول بأى شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ اخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بالقيام باجراء هذا الاصلاح كان لرئيس الادارة المركزية أو المدير العام المختص وعلى مسؤوليته الحق في اتخاذ أحد الاجراءات التالية وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة .

= المدرجة بجدول الفئات ملزمة للمقاول أثناء العقد وغير قابلة لاعادة النظر لأى سبب ولا يكون للمقاول حق طلب مبالغ زيادة أو تعويضات مهما كانت خسارته أو تكبده مصروفات اضافية .
ويقوم مهندس جهة الادارة بعملية القياس والوزن للأعمال أثناء سير العمل بالاشتراك مع المقاول أو مهندسه أو مندوبه ويتم التوقيع بصحة المقايسات والأوزان من الاثنين فاذا تخلف المقاول أو مندوبه بعد اخطاره يلزم بالمقايسات والأوزان التي يجربها مهندس جهة الادارة .

وفي حالة الخلاف يعرض الأمر على جهة الادارة ويكون قرارها نهائيا .

(١) تقدر الغرامات بالنسب التالية :

١ % عن الأسبوع الأول أو أى جزء منه .

٥٠ % عن الأسبوع الثانى أو أى جزء منه .

٢ % عن الأسبوع الثالث أو أى جزء منه .

٥٠ % عن الأسبوع الرابع أو أى جزء منه .

٤ % عن كل شهر أو جزء منه بعد ذلك بحيث لا يجاوز مجموع الغرامة ١٥ % .

وتحسب الغرامة من قيمة ختامى العملية جميعا اذا رأت جهة الادارة أن الجزء المتأخر يمنع الانتفاع بما تم من العمل بطريق مباشر أو غير مباشر على الوجه الأكمل في المواعيد المحددة أما اذا رأت جهة الادارة أن الجزء المتأخر لا يسبب شيئا عن ذلك ، فيكون حساب الغرامة بالنسب والأوضاع السابقة من قيمة الأعمال المتأخرة فقط .

وتوقع الغرامة بمجرد حصول التأخير ولو لم يترتب عليه أى ضرر دون حاجة الى أى تنبيه أو انذار .

ويجب على جهة الادارة أن تراعى الدقة في ضرورة وجوب خصم غرامات التأخير قبل الانزى بصرف مستحقات المقاول .

(أ) فسخ العقد مع مصادرة التأمين المستحق وقت الفسخ والحصول على جميع ما تستحقه الجهة الادارية من غرامات أو تعويضات عما يلحق بها من أضرار اذا اقتضى الأمر ذلك^(١) .

(ب) سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه بطريق المناقصة العامة أو المناقصة المحدودة أو المناقصة المحلية أو الممارسة في حدود أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ، والأحكام الواردة باللائحة ، وذلك مع مصادرة التأمين النهائي المستحق على المقاول وقت سحب العمل والحصول على جميع ما تستحقه الجهة الادارية من غرامات وتعويضات واسترداد جميع ما تكبدته من مصروفات وخسائر زيادة على قيمة العقد نتيجة لسحب العمل .

★ ويكون لجهة الادارة الحق في احتجاز كل أو بعض ما يوجد بمحل العمل من منشآت وقتية ومبان وآلات وأدوات ومواد وخلافه دون أن تكون مسئولة قبل المقاول أو غيره عنها وعما يصيبها من تلف أو نقص لأي سبب كان أو دفع أى اجر عنها - كما يكون لها الحق أيضا في الاحتفاظ بها حتى بعد انتهاء العمل ضمانا لحقوقها ولها أن تبيعها دون أننى مسئولية من جراء البيع .

(خامسا) : الدفعات التى تصرف للمقاول تحت الحساب :

★ يجوز بموافقة الجهة الادارية المتعاقدة وعلى مسئوليتها أن يصرف للمقاول دفعات تحت الحساب تبعا لتقدم العمل وعلى النحو التالى :

(أ) بحد أقصى ٩٥ ٪ من القيمة المقررة للأعمال التى تمت فعلا مطابقة للشروط والمواصفات ، وذلك من واقع الفئات الواردة بالجدول كما يجوز صرف الـ ٥ ٪ الباقية نظير كتاب ضمان معتمد من أحد البنوك المحلية ينتهى سريانه بعد مضى ثلاثين يوما من تاريخ حصول الاستلام المؤقت .

(١) قد لا يبقى العقد الادارى قائما حتى نهايته نهاية طبيعية ، بل يمكن أن ينتهى نهاية مبسرة وقبل الأوان فى حالة الفسخ باتفاق الطرفين ، أو التنازل ، أو بقوة القانون ، أو بالفسخ القضائى ، أو بالفسخ عن طريق الادارة ، فضلا عن ذلك فهناك حالات خاصة تصدر فيها قوانين أو لوائح تنظم كيفية إنهاء بعض العقود .

★ ومنعقد الى تفصيل ذلك بالباب العاشر من هذا المؤلف . حيث أورينا حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٢ حيث تقول : «ان العقود الادارية تختلف عن العقود المدنية فى أنها ... تستهدف مصلحة عامة لمسير العمل فى مرفق عام ، وأن كلفتى المتعاقدين -

(ب) بحد أقصى ٧٥٪ من القيمة المقررة للمواد التي ورد بها المقاول لاستعمالها في العمل الدائم والتي يحتاجها العمل فعلا بشرط أن تكون مطابقة للشروط وموافقة عليها وأن تكون مشونة بموقع العمل في حالة جيدة بعد اجراء الجرد الفعلي اللازم - وذلك من واقع فئات العقد .

وتعامل كالمشونات المواد التي تورد لموقع العمل صالحة للتركيب الى أن يتم تركيبها .

وللجهة الادارية المتعاقدة الحق في تنظيم الدفع للمقاول عن الأعمال التي تتم على نحو مغاير اذا اقتضت طبيعة الأعمال المسندة اليه ذلك ، ولها الحق في عدم صرف الدفع اذا رأت أن تقدم العمل أو سلوك المقاول غير مرض .

(ج) بعد تسلم الأعمال مؤقتا تقوم جهة الادارة بتحرير الكشف الختامية بقيمة جميع الأعمال التي تمت فعلا ويصرف للمقاول عقب ذلك مباشرة ما يستحقه بعد خصم المبالغ التي سبق صرفها على الحساب أو أية مبالغ أخرى مستحقة عليه .

(د) عند تسلم الأعمال نهائيا بعد مدة الضمان وتقديم المقاول المحضر الرسمي الدال على ذلك يسوى الحساب النهائي ويدفع للمقاول باقى حسابه بما في ذلك التأمين النهائي أو ما تبقى منه .

(ساسا) : حالة سحب العمل من المقاول :

★ في حالة سحب العمل كله أو بعضه من المقاول عند اخلاعه بشروط التنفيذ يحزر كشف بالأعمال التي تمت وبالألات والأدوات التي استحضرت والمهمات التي لم تستعمل والتي يكون قد ورد بها المقاول بمكان العمل ويحصل ذلك الجرد خلال شهر من تاريخ سحب العمل بمعرفة مندوب جهة الادارة وبحضور المقاول بعد اخطاره بكتاب موصى عليه بالحضور هو أو مندوبه ويثبت هذا الجرد بموجب

- فيها غير متكافئة ، اذ يجب أن يراعى فيها دائما وقبل كل شيء تغليب الصالح العام على مصلحة الأفراد ... ويترتب على ذلك أن للشخص المعنوي الحق في مراقبة تنفيذ العقد ، وفي تغيير شروطه بالاضافة والحنف والتعطيل ، وفي اتهامه في أي وقت طالما أن المصلحة العامة المنشودة منه تستلزم ذلك

محضر يوقعه كل من مندوب جهة الادارة ، والمقاول أو من ينوب عنه فاذا لم يحضر أو لم يرسل مندوبا عنه فيجربى الجرد فى غيابه^(١) .

(سابعاً) : اجراءات التسليم المؤقت للعمل :

على المقاول بمجرد اتمام العمل أن يخلى الموقع من جميع المواد والأتربة والبقايا ، وأن يمهد ، والا كان للجهة الادارية الحق بعد اخطاره بكتاب موصى عليه فى ازالة الأتربة على حسابه وخطاره كتابة بذلك ، ويخطر عندئذ بالموعد الذى حدد لاجراء المعاينة ويحرر محضر التسليم المؤقت بعد اتمام المعاينة ويوقعه كل من المقاول أو مندوبه الموكل بذلك بتوكيل مصدق عليه ومندوبى جهة الادارة الذين يخطر المقاول بأسمائهم ويكون هذا المحضر من ثلاث نسخ تسلم احدهما للمقاول وفى حالة عدم حضوره هو أو مندوبه فى الميعاد المحدد تتم المعاينة ويوقع المحضر من مندوبى جهة الادارة وحدهم واذا تبين من المعاينة أن العمل قد تسلم على الوجه المطلوب اعتبر تاريخ اخطار المقاول لجهة الادارة باستعداده للتسليم المؤقت موعد انتهاء العمل وبدء مدة الضمان واذا ظهر من المعاينة أن العمل لم ينفذ على الوجه الأكمل فيثبت هذا فى المحضر ويؤجل التسليم الى أن يتضح أن الأعمال قد تمت بما يطابق الشروط (هذا مع عدم الاخلال بمسئولية المقاول طبقاً لاحكام القانون المدنى) وتبدأ من تاريخ المعاينة الأخيرة مدة الضمان^(٢) .

وبعد اتمام التسليم المؤقت يرد للمقاول - اذا لم توجد قبله مطالبات للجهة المتعاقدة أو لأية مصلحة حكومية - ما زاد من قيمة التأمين النهائى على النسبة المحددة من قيمة الأعمال التى تمت فعلاً وتحتفظ الجهة المتعاقدة بهذه النسبة لحين انتهاء مدة الضمان واطتمام التسليم النهائى .

(ثامناً) : ضمان المقاول للأعمال موضوع العقد :

ويضمن المقاول الأعمال موضوع العقد وحسن تنفيذها على الوجه الأكمل لمدة سنة واحدة من تاريخ التسليم المؤقت وذلك دون إخلال بمدة الضمان

(١) وفى حالة الجرد فى غياب المقاول يخطر المقاول بنتيجة الجرد فاذا لم يبد ملاحظاته خلال أسبوع من تاريخ وصوله اليه كان ذلك بمثابة اقرار منه بصحة البيانات الواردة فى محضر الجرد ، وجهة الادارة غير ملزمة بأخذ شيء من هذه المهمات الا بالقدر الذى يلزم لاتمام تنفيذ الأعمال فقط على شرط أن تكون صالحة للاستعمال أما ما يزيد على ذلك فيكلف المقاول بنقله من محل العمل .

(٢) تنص المادة (١٥٧) مدنى على مايلى : (١) فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد-

المنصوص عليها في القانون المدني ، والمقاول مسئول عن بقاء جميع الأعمال سليمة أثناء مدة الضمان فإذا ظهر بها أى خلل أو عيب يقوم باصلاحه على نفقته وإذا قصر فى اجراء ذلك فلجهة الادارة أن تجربيه على نفقته وتحت مسئوليته . وقبل انتهاء مدة الضمان بوقت مناسب يخطر المقاول جهة الادارة كتابة للقيام بتحديد موعد المعاينة .

(تاسعا) : حالة تنفيذ الأعمال طبقا للمواصفات المتفق عليها :

ومتى تبين أن الأعمال قد نفذت مطابقة للمواصفات بحالة جيدة فيتم تسليمها نهائيا بموجب محضر من ثلاث صور يوقعه كل من مندوبى جهة الادارة والمقاول أو مندوبه الرسمي تعطى للمقاول صورة منه ، وإذا ظهر من المعاينة أن المقاول لم يقم ببعض الالتزامات فيؤجل التسليم النهائى لحين قيامه بما يطلب اليه من الأعمال ، هذا مع عدم الاخلال بمسئوليته طبقا لاحكام القانون المدني .

وعند اتمام التسليم النهائى يدفع للمقاول ما قد يكون مستحقا له من مبالغ ويرد اليه التأمين النهائى أو ما تبقى منه .

(عاشرا) : شروط تنفيذ عقود التوريد :

(١) التزام المتعهد بالتوريد :

يلتزم المتعهد بتوريد الأصناف المتعاقد عليها فى الميعاد أو المواعيد المحددة خالصة جميع المصروفات والرسوم ومطابقته لأمر التوريد والمواصفات أو العينات المعتمدة ويتسلم أمين مخزن الاستقبال ما يورده المتعهد بالعدد أو الوزن أو المقاس بحضور مندوب المتعهد ويعطى عنه ايصالا مؤقتا مختوما بخاتم جهة الادارة موضحا به اليوم والساعة التى تم فيها التوريد ويقرر فيه حالة الأصناف من حيث سلامتها وذلك لحين اخطار المتعهد بميعاد اجتماع لجنة الفحص ليتمكن من حضور اجراءات الفحص والاستلام النهائى ، ويجب أن يتم ذلك الاخطار فى خلال ثلاثة أيام عمل من تاريخ اليوم التالى لصدور الأيصال المؤقت وعلى أمين مخزن الاستقبال فور تسلمه الأصناف الموردة اخطار رئيس لجنة الفحص بذلك لاتخاذ اللازم . ويعتبر

- المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداده المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتضى . (٢) ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الإلتزام فى جملته .

اللجنة بقبول أو رفض الأصناف نهائيا وذلك بمجرد اعتماده من السلطة المختصة بالاعتماد^(١) .

ويجب سحب الاصناف المرفوضة وتوريد بدلها ويجب أن يتم ذلك الاخطار فور صدور اللجنة في ذات اليوم أو اليوم التالي على الأكثر ويلتزم المتعهد بسحب الأصناف المرفوضة خلال سبعة أيام على الأكثر من تاريخ اليوم التالي لاختطاره - فإذا تأخر في سحبها فيكون لجهة الادارة الحق في تحصيل مصروفات تخزين بواقع ٢٪ من قيمة الاصناف عن كل أسبوع تأخير أو جزء منه لمدة أقصاها أربعة أسابيع ، وبعد انتهاء هذه المدة يكون لجهة الادارة الحق في أن تتخذ اجراءات بيعها فورا وأن تخصم من الثمن ما يكون مستحقا لها ويكون البيع وفقا لأحكام هذه اللائحة .

ويصرف ثمن الأصناف الموردة في خلال خمسة عشر يوم عمل على الأكثر تحتسب من تاريخ اليوم التالي لاتمام اجراءات التحليل الكيميائي أو الفحص الفني .

(٢) حالة تأخر المتعهد في التوريد :

★ وإذا تأخر المتعهد في توريد كل الكميات المطلوبة أو جزء منها في الميعاد المحدد بالعقد ، ويدخل في ذلك الأصناف المرفوضة - فيجوز للسلطة المختصة بالاعتماد اذا اقتضت المصلحة العامة اعطاء مهلة اضافية للتوريد على أن توقع عليه غرامة قدرها ١٪ عن كل أسبوع تأخير أو جزء من أسبوع من قيمة الكمية التي يكون المتعهد قد تأخر في توريدها بحد أقصى ٤٪ من قيمة الأصناف المذكورة . وفي حالة عدم قيام المتعهد بالتوريد في الميعاد المحدد بالعقد أو خلال المهلة الاضافية يكون لجهة الادارة أن تتخذ أحد الاجراءين التاليين وفقا لما تقتضيه مصلحة العمل .

(أ) شراء الأصناف التي لم يتم المتعهد بتوريدها من غيره على حسابه سواء

(١) يلتزم المتعهد بأن يقدم فاتورة الأصناف الموردة من أصل وموردين وفي حالة قيامه بالتوريد بناء على طلب جهة الادارة الى جهة غير الجهة المتعاقد على اتوريد انيها يجب أن ترافق الفواتير مستندات تثبت قيمة مصروفات النقل الاضافية حتى يمكن رد هذه المصروفات اليه . وإذا رفضت لجنة الفحص صنفا أو أكثر من الأصناف الموردة أو وجد فيها نقص أو مخالفة للمواصفات أو العينات المعتمدة - يخطر المتعهد بذلك كتابة بالبريد الموصى عليه بعلم الوصول بأسباب الرفض .

بالممارسة أو بمناقصات محليه أو عامة أو محدودة بنفس الشروط والمواصفات المعلن عنها والمتعاقد عليها .

ويخصم من التأمين المودع من المتعهد أو من مستحقاته لدى الجهة أو أية جهة إدارية أخرى قيمة الزيادة في الثمن مضافا إليها مصروفات إدارية بواقع ١٠٪ من قيمة الأصناف المشتراة على حسابه وما يستحق من غرامة عن مدة التأخير في التوريد وذلك مع عدم الإخلال بحق الجهة في مصادرة التأمين المودع بما يوازي ١٠٪ من قيمة هذه الأصناف والحصول على جميع ما تستحقه من غرامات وتعويضات واسترداد جميع ما تكبدته من مصروفات وخسائر زيادة على قيمة العقد نتيجة تنفيذه على حساب المتعهد .

★ أما إذا كان سعر شراء أى صنف يقر عن سعر المتعهد فلا يحق له المطالبة بالفرق ، وهذا لا يمنع من تحصيل قيمة غرامة التأخير المستحقة والمصروفات الإدارية .

(ب) إنهاء التعاقد فيما يختص بهذه الأصناف ومصادرة التأمين بما يوازي ١٠٪ من قيمتها والحصول على جميع ما تستحقه الجهة الإدارية من غرامات أو تعويضات عما يلحق بها من أضرار دون حاجة للالتجاء إلى القضاء مع إخطار المتعهد بذلك بكتاب موصى عليه بعلم الوصول . ولا يجوز للجهة الإدارية شراء الأصناف التي ينتهي التعاقد بشأنها في ذات السنة المالية التي يتم فيها إنهاء التعاقد .

وإذا تأخر المتعهد عن توريد أصناف تعاقد على توريدها إلى ما بعد انتهاء السنة المالية المكلف بالتوريد فيها ، فإنه يجب إخطاره بالغاء العقد عن الكمية الباقية وتطبيق أحكام البند (ب) من المادة (٩٢) . ما لم تقرر الجهة الإدارية ذلك .



الباب الثالث

سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري
وضرورة الحصول على التصريح قبل التعاقد
في الحالات الهامة ومدى إلزامها بإعذار
المتعاقد قبل توقيع الجزاء

الباب الثالث

سلطة الادارة فى الرقابة على تنفيذ العقد
الادارى ، وضرورة الحصول على التصريح قبل التعاقد
فى الحالات الهامة ، ومدى التزامها باعداد
المتعاقد قبل توقيع الجراء

الفصل الأول

سلطة الادارة فى الرقابة على تنفيذ العقد

تمهيد :

ان الهدف الاساسى من سلطة الرقابة هو أن تتحقق الادارة من أن تنفيذ العقد يتم طبقا للشروط المنظمة له .

وتتخذ هذه الرقابة مظاهر مختلفة ، فقد تكون رقابة فنية وإدارية للتثبت من تنفيذ التعاقد مع الادارة للشروط الفنية والادارية . وقد تكون رقابة مالية للتحقق من أن هذا المتعاقد يقوم بالتزاماته المالية نحو الادارة ولضبط ما يقوم بين الادارة والمتعاقد معها من روابط مالية .

وتظهر الحاجة إلى الرقابة بشكل أوضح حين يكون موضوع العقد القيام بالتزامات متتابعة كما هو الحال فيما يتعلق بعقود الالتزام وقد كانت المادة ٧ من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ (المعدل بالقانون رقم ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤) بالتزامات المرافق العامة تنص على أنه : « لمانع الالتزام أن يراقب انشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحي الفنية والادارية والمالية ، وله فى سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه فى مختلف الفروع والادارات التى ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق . ويختص هؤلاء المندوبون بدراسة تلك النواحي وتقديم تقرير بذلك لمانع الالتزام ، وعلى الملتزم أن يقدم لهؤلاء المندوبين ما قد يطلبون من معلومات أو بيانات أو احصاءات ، دون الاخلال بحق مانع الالتزام فى فحص الحسابات أو التفتيش على المرفق فى أى وقت ، .

كذلك الأمر فيما يتعلق بعقود الأشغال العامة . فتجرى دفاتر الشروط العامة على النص على السلطة المخولة للموظفين المندوبين للإشراف والرقابة على موضوع المقالة .

ومما تجدر الإشارة إليه أن سلطة الرقابة هذه تمكن الإدارة من جعل التزامات المتعاقد معها مسابقة لما تقتضيه المصلحة العامة وحاجات الجمهور من تطور .
ونبين ذلك على النحو التالي :

(أولا) : أساس سلطة الرقابة وطبيعتها القانونية :

وقد يتبادر إلى الظن أن الأساس القانوني لسلطة الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية يكمن في مثل تلك النصوص التنظيمية أو التعاقدية التي أشرنا إليها .

والواقع غير ذلك فالرقابة تستمد أساسها من فكرة المرفق العام ، لا من النصوص التنظيمية العامة ولا من النصوص التعاقدية الخاصة بعقد معين ، والأحكام التي تتضمنها النصوص التنظيمية العامة أو النصوص التعاقدية التي لا تعدو أن تكون منظمة لتلك الرقابة التي تملكها الإدارة حتى إذا لم ينص عليها العقد ، بل حتى إذا نص على ما يخالفها .

فإذا كانت الإدارة لا تتولى بنفسها توفير الحاجات وتقديم الخدمات التي يتطلبها المرفق العام ، وتعهد بهذه المهمة إلى الأفراد ، فهي مع ذلك تظل المسؤولة عن إدارة المرفق والكفيلة بحسن سيره سيرا منتظما ، وتقضى وظيفتها هذه أن تشرف على النشاط الفردي حين يساهم في تسيير المرفق العام^(١) . ويترتب على ذلك أن نصوص العقد المنظمة لسلطة الرقابة ليست ذات طابع تعاقدى ، فلا تعتبر نصوصا تعاقدية ، وإنما هي نصوص ذات طابع تنظيمي . ونبين ذلك فيما يلي .

(ثانيا) مدى سلطة الرقابة :

إذا كانت سلطة الإدارة في الرقابة تتعلق بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على استبعادها أو تقييدها ، لأن مداها يختلف باختلاف العقود الإدارية . ولعل عقود الأشغال العامة هي التي يبدو فيها أكثر من غيرها ما تتمتع به الإدارة من سلطة

(١) محكمة القضاء الإداري في ١٨ إبريل سنة ١٩٥٢ (المجموعة من ٦ من ٨١٢) ، و٢ ديسمبر سنة ١٩٥٢ (المجموعة من ٧ من ٧٦) .

رقابة واشراف ، بل من سلطة توجيه ، فى تنفيذ العقد فللموظفين الفنيين المنتدبين للاشراف والرقابة الحق فى رفض المواد أو الأعمال التى يرون أنها من نوع ردىء أو غير مطابق للعقد ، ولهم سلطة الأمر باعادة البناء أو اعادة القيام بالأشغال ، وعلى المقاولين أن يزيلوا فوراً فى مثل تلك الأحوال من موقع العمل المواد التى يكون قد رفضها الموظفون الفنيون ، أو يهدموا أو يعيدوا تنفيذ الأعمال التى لم يوافق عليها حسبما تكون الحالة بمجرد اخطارهم بذلك ، وإلا قامت الادارة العامة بازالتها على حسابهم دون حاجة إلى إنذار أو تنبيه أو إلى اتخاذ اجراءات قضائية .

وقد تكون هذه الرقابة أقل شدة بالقياس إلى عقود التزام المرافق العامة ، حيث يترك للمتعاقدين مع الادارة قسط من الحرية فى تنفيذ تعهداتهم ، مع مراعاة ما كانت تنص عليه المادة (٧) من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة (المعدل) .

كما تشمل الرقابة عقود التوريد ، للثبوت من أن المتعهد سلم الأصناف المتعاقد عليها طبقاً للمواصفات والعينات المعتمدة والموقع عليها منه . ويجوز لمندوبى الادارة رفض صنف أو أكثر من الأصناف الموردة إذا كانت مخالفة للمواصفات والعينات المعتمدة .

(ثالثاً) حدود سلطة الرقابة :

على أنه مهما اتسعت سلطة الادارة فى الرقابة على المتعاقد معها ، فإنها ليست سلطة مطلقة المدى . إذ تحددها اعتبارات قوامها توفير ضمانات للمتعاقد مع الادارة تحميه من احتمال تصف الادارة به ، ويمكن ردها إلى ثلاثة أنواع :

(١) فلا يجوز للادارة أن تستعمل سلطتها فى الرقابة لتحقيق غرض لا يتصل بسير المرفق العام موضوع التعاقد ، وإلا كان فى ذلك إساءة لاستعمال السلطة ، فمثلاً إذا أصدر مهندس الادارة المكلف بالرقابة على تنفيذ عقد أشغال عامة ، أمراً إلى المقاول بفصل بعض العمال ، فيجوز للقضاء أن يفحص أمر الفصل فيما إذا كان متصلاً بالمقولة ، ومستنداً إلى خطأ من جانب العمال ، ومبنياً على أساس صحيح أو غير ذلك إذا كان الفصل نتيجة لإساءة استعمال السلطة .

(٢) وللمتعاقد مع الادارة أن يطالب بأن تكون الهيئة الادارية المختصة هى التى

تعارض الرقابة ، وطبقا للأوضاع ووفقا للشروط وفى داخل الحدود التى تنص عليها القوانين واللوائح ، وبصفة خاصة أن تتبع فى ممارسة الرقابة الاجراءات المنصوص عليها بقصد حمايته .

(٣) ولا ينبغى أن يكون من شأن ممارسة سلطة الرقابة ، تعديل موضوع العقد بحيث تخرج به عن أهدافه ، فليما يتعلق بعقد التزام المرافق العامة لا يجوز للهيئة الادارية أن تتدخل فى الادارة الداخلية للالتزام ، فالملتزم يدير المرفق العام والهيئة الادارية تراقب الادارة وتشرف عليها ، وإلا نتج عن ذلك أن الهيئة الادارية هى التى تدير المرفق العام عن طريق الاستغلال المباشر ، بينما يهدف العقد إلى أن تكون ادارته عن طريق الالتزام .

الفصل الثاني

ضرورة الحصول على تصريح بالتعاقد في حالات خاصة

★ جدير بالذكر أن الرقابة الوصائية على الأعمال تنصب على إجراءات تنفيذية وتمتد إلى مجال الأعمال الإيجابية والأعمال السلبية ، ويمكن ممارسة هذه الرقابة الوصائية من خلال الوسائل التالية : (أولا) استطلاع الرأي والمشورة السابقة (ثانيا) التصديق . (ثالثا) الاذن أو الترخيص السابق . (رابعا) الالغاء . (خامسا) الإيقاف . (سائسا) الحلول .

★ ونجتزئ من هذه الوسائل الحصول على تصريح بالتعاقد . وعلى استطلاع الرأي والمشورة ، وعلى الاذن أو الترخيص السابق في بعض الحالات الهامة ، ونعرض ذلك على النحو التالي :

(أولا) استطلاع الرأي والمشورة :

ان قيام الأجهزة الادارية ، استطلاع رأى سلطات الرقابة قد يكون بناء على سلطة تقديرية من جانب هذه الاجهزة . وهنا تتلقى المشورة في شكل توصيات غير ملزمة وليس في شكل قرارات إدارية لأن هذه التوصيات لا تحدث أى تغيير في المراكز القانونية القائمة .

ولكن استطلاع الرأي من جانب الأجهزة الادارية قد يكون نتيجة لممارسة اختصاص مقيد أى أن القانون يقيدنا بأخذ المشورة قبل التصرف في موضوع معين ، ولذلك فعدم استطلاع الرأي في هذه الحالة يترتب عليه بطلان القرار الذى يتخذ لعدم اتباع الشكل والاجراءات المطلوبة ، وذلك باعتبار أن المشورة في هذه الحالة هي من الاجراءات الجوهرية^(١) وتفسيرنا لذلك هو أن المشرع عندما يقيد الأجهزة الادارية بأخذ رأى المشورة الوجوبية فهو يستهدف من ذلك كفالة حسن سيرها ، أو الحفاظ على المال العام من ناحية أخرى لا سيما إذا كانت المشورة بمناسبة إبرام عقد له قيمة مالية كبيرة .

(١) راجع مؤلفنا ، الادارة الحديثة للمؤسسات والشركات العامة بمصر والدول العربية وتجربة اشتراك العمال في الاداره من ١٩٨٨ ص ١٥٩ ، .

- وللتوسع في دراسة رقابة المصلحة الوصائية على الأعمال راجع نفس مؤلفنا المشار إليه من صفحة ١٥٩ حتى صفحة ١٧٦ -

ويُفرق القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر بين الشكلية الجوهرية « Formalités substantielles » وبين الشكليات غير الجوهرية « Formalités non substantielles » ويقرر جزاء الإلغاء بالنسبة للشكليات ، والأجراءات الجوهرية فحسب ، وقد أتت هذه التفرقة من قضاء مجلس الدولة الفرنسي الذي أنتهج سياسة قضائية تتمثل في إهمال الشكليات إذا كانت ثانوية وغير مؤثرة في مدى صحة القرار الإداري .

(ثانيا) الأذن أو الترخيص السابق :

إن الأذن هو وسيلة الرقابة السابقة على اتخاذ القرار من جانب الهيئات الإدارية ولذلك فلا ينبغي إصدار القرار بدونه حتى لا يصبح مشوبا بعيب الشكل والإجراءات إذا كان القانون يستلزم ذلك .

والسبب في ضرورة الحصول على الأذن أو الترخيص السابق هو الحيلولة دون تحقيق نتائج لا ترضى عنها السلطة لتعارضها مع تحقيق المصلحة العامة .

ضرورة الحصول على تصريح بالتعاقد بالنسبة لبعض العقود الإدارية الهامة

يستلزم القانون بالنسبة إلى بعض العقود الهامة ، ضرورة حصول جهة الإدارة المتعاقدة على تصريح أو إذن بالتعاقد من جهة يحددها بحيث لا تستطيع الإدارة التعاقد كلية بدون هذا الأذن . وهناك يختلف الأذن عن شرط الاعتماد المالي ، فإن وجود الاعتماد المالي ليس شرطا لسلامة التعاقد . وليس هذا هو الشأن بالنسبة إلى شرط الحصول على الأذن بالتعاقد ، ذلك أنه حيث يشترط المشرع ضرورة الحصول على الأذن ، يكون هذا الأذن ضروريا لقيام الرابطة التعاقدية ، بمعنى أن تعاقد الإدارة دون الحصول على هذا الأذن ، يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا .^(١) « nullité absolue » ذلك أن المسلم به في الفقه الإداري الفرنسي أن القواعد الخاصة بضرورة التصريح السابق ، هي قواعد متعلقة بالنظام العام « règle d'ordre public » لقيامها على أسباب جوهرية تتصل بالصالح العام اتصالا وثيقا .

(١) الدكتور العميد / سليمان محمد الطماوى - مرجع سابق - ٣٤١

★ تطبيقات قضائية :

بهذا المبدأ أخذ قسم الرأى بمجلس الدولة المصرى ، إذ جاء فى إحدى فتاويه الخاصة بضرورة موافقة البرلمان على العقود التى تتضمن تبرعا من جانب الدولة قوله : « ... إذا كانت السلطة التشريعية وهى سلطة مستقلة عن السلطة التنفيذية لم تعبر عن رأيها ، فإن إرادة الدولة لا تكون حينئذ معيبة فحسب ، وإنما تكون منعدمة اطلاقا ، إذ أن انفراد السلطة التنفيذية الممثلة فى مجلس الوزراء بالتعبير عن إرادة الدولة فى عقد التبرع ، يعتبر منها طغيانا عن السلطة التشريعية بعدم إرادة الدولة . ومتى إنعدمت الإرادة التى تعتبر العنصر الأساسى فى تكوين العقد كان العقد باطلا بطلانا مطلقا لا وجود له فى نظر القانون ، وإنما هو واقعة مادية بحتة ، وبالتالي يسقط هذا العقد مع ما يترتب على ذلك من آثار^(١) .

★ وفى فتوى أخرى ، يؤكد قسم الرأى أن عدم احترام الإدارة لنص المادة ١٣٧ من دستور ١٩٢٣ ، وتعاقد الإدارة على استغلال من موارد الثروة الطبيعية بلا إذن سابق من البرلمان . يجعل الترخيص باطلا بطلانا مطلقا . ويرد قسم الرأى على وجهة النظر الأخرى والقائلة بأن التصرفات التى تبرم بغير إذن البرلمان - مجلس الشعب - مع وجوب عرضها عليه تبقى نافذة لازمة ، ولا يكون هناك سوى المسئولية السياسية للوزراء ، أو الوزير ، يقول القسم : « ان الاختصاص فى القانون العام ، يقابل الأهلية فى القانون الخاص . وكما يشترط لكى يكون التصرف الفردى صحيحا منتجا لآثاره القانونية أن يكون المتصرف متمتعا بالأهلية القانونية لا برامه ، كذلك يشترط لصحة التصرف الإدارى أن يكون الموظف الذى يصدر منه هذا التصرف مختصا ، وأن يكون موضوعه جائزا ومشروعا ، وأن تراعى فيه الشروط الشكلية التى ينص عليها القانون . على أن الاختصاص فى القانون العام أضيق نطاقا من الأهلية فى القانون الخاص ، إذ الأصل فى القانون الخاص أن الشخص ذو أهلية ما لم ينص القانون على عكس ذلك ، أما فى القانون العام ،

(١) فتوى فى ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٥٤ - مجموعة فتاوى المجلس - السنة الثامنة ومنصف التاسعة - ص ٢٢٦ . وقد استطرت الفتوى تقول : « ... إلا أن هذه الآثار ، وآثار الانعدام ، تقف عند الآثار المستقبلية دون الماضية ، لأن هذه الأخيرة لا يمكن المساس بها تأسيسا على حسن نية الطرف الآخر وعدم مسئوليته عن خطأ الدولة ، هذا البطالان لا تصححه الاجارة حتى ولو كانت بقانون . ومن ثم إذا رأت الدولة - تبعا لتقديرها - اعطاء إحدى الجمعيات قطعة أرض بإيجار رسمى ، فلها ان تصدر قانونا بإبرام عقد جديد مع الجمعية المذكورة ... » واعتبرت الفتوى هذا المبدأ دستوريا لا يسقط بمقرط الدستور .

فالأصل أن الموظف غير مختص بها إلا بالنسبة إلى المسائل التي تنص على اختصاصه بها . وفي الحالة المعروضة لا اختصاص للسلطة التنفيذية في الترخيص باستغلال الثروة الطبيعية ، فالتزامها باطل بطلانا مطلقا لعدم اختصاصها به ، ومن ثم لا يترتب على هذا الالتزام الباطل أثر ،^(١) .

ولما كان العقد الذي تبرمه الإدارة دون الحصول على الاذن السابق معدوما من الناحية القانونية ، فإن المتعاقد مع الإدارة لا يستطيع أن يتمسك به في مواجهة الإدارة في هذه الحالة كما هو الشأن في حالة عدم وجود الاعتماد المالي . ولكن هذا لا يعنى أن الفرد لا يستطيع الحصول على التعويض إذا لحقه ضرر من جراء تعاقد الإدارة على خلاف المقرر . فالمسلم به أن الفرد هنا لا يستطيع أن يرجع على أساس الرابطة التعاقدية ، لأن هذه الرابطة لم توجد كلية ، ولكنه يستطيع أن يرجع على الإدارة أما على أساس الخطأ وذلك نظرا لأن الإدارة قد أخطأت بعدم الحصول على الاذن ، وأن خطأها هذا قد حمل المتعاقد أضرارا مادية أو معنوية ، وأما على أساس قاعدة الاثراء « بلا سبب » « sans cause » إذا استطاع أن يثبت أن الإدارة قد أفادت من جراء تنفيذ العقد المعدوم .

أما إذا كان الفرد قد استفاد من العقد المعدوم ، فإن مجلس الدولة المصرى قد أفتى بأن آثار العقد المعدوم والتي تمت في الماضي « .. لا يمكن المساس بها تأسيسا على حسن نية الطرف الآخر وعدم مسئوليته عن خطأ الدولة » .

كما أن قسم الرأى قد أفتى أيضا بأنه لا سبيل إلى تصحيح العقد المعدوم للسبب السابق ، وإن كانت الإدارة تستطيع أن تبرم عقدا مبتدأ مع احترام القواعد المقررة ، فتنشأ الرابطة التعاقدية لأول مرة .

وهنا أيضا - وكما هو الشأن بالنسبة إلى الاعتماد المالي - إذا كان اذن البرلمان ضروريا ، فإن الإدارة بعد الحصول على هذا الاذن تحتفظ بحريتها في اتمام الرابطة التعاقدية أو عدم اتمامها طبقا لمقتضيات الصالح العام . وبهذا المعنى أفتى قسم الرأى مجتمعا في ١٩٥٣/١/٢٥ حيث يقول : « ويرى قسم الرأى مجتمعا أن عقد الترخيص بالبحث لا يتم إلا بعد صدور قبول الوزير المختص للإيجاب الصادر من طالب

(١) واستطرد القسم قائلا : « أما المسئولية السياسية أمام البرلمان ، فهي لا ترد إلا بالنسبة إلى تصرفات تصدر من الوزير صحيحة في حدود اختصاصه ، ويؤخذ عليها عدم ملامتها أو عدم اتفاقها مع الصالح العام » .

فتوى القسم رقم ١٦٢ في ١٨/٥/١٩٥٠ - ص ٨٦ .

الترخيص ، وأن هذا القبول لا يكون إلا بناء على الاذن من البرلمان في ذلك .
والقانون الصادر من البرلمان متضمنا هذا الاذن . وان كان شرطا لابرار العقد ، إلا
أنه غير ملزم للسلطة المختصة بالمنح ، فيبقى لهذه السلطة دائما أن تترخص في تقدير
ملاءمة منح الترخيص من عدمه بما لها من حسن الاشراف والرقابة على حسن
استغلال موارد الثروة الطبيعية في البلاد .

ويأخذ الاذن في الحالات السابقة صوراً متعددة : فقد يصدر من البرلمان في
صورة قانون ، وهذه أقوى صور الاذن على الاطلاق ، وقد لا يفرغ في صورة
قانون . وقد يكون الاذن في صورة قرار جمهوري أو قرار من مجلس الوزراء أو
من الوزير أو من أية جهة إدارية أخرى . والمسلم به أن الحكم واحد في جميع
الحالات السابقة .

بعض العقود التي يجب موافقة جهة إدارية قبل إبرامها :

وهذه العقود كثيرة ومبعثرة . ويرجع فيها إلى كل قانون على حدة . على أن أبرز
مظاهرها يتجلى في علاقة الإدارة المركزية بالهيئات اللامركزية التي تخضع
لوصايتها . واللامركزية الإدارية لها صورتان ، هما اللامركزية الإقليمية
واللامركزية المصلحية ويرجع في هذا الشأن للمراجع المتخصصة .

الفصل الثالث

سلطة الادارة فى تعديل نصوص العقد من جانبها وحدها وأساس سلطة التعديل

مدى تطبيق مبدأ قوة العقد الملزمة فى العقود الادارية :

إن هذه السلطة ليست مقصورة على تخويل الادارة سلطة فى الرقابة على تنفيذ العقد ، أو سلطة فى توقيع جزاءات على المتعاقد الذى لا يفي بالتزاماته بل يترتب على ذلك نتيجة هامة وهى سلطة الادارة فى تعديل بعض نصوص العقد من جانبها وحدها ، إذا استدعت مقتضيات المرفق العام ذلك التعديل لمقتضيات المصلحة العامة^(١) .

وهذه السلطة التى تتمتع بها الادارة إزاء المتعاقد معها تعتبر أبرز الخصائص التى تميز نظام العقد الادارى عن نظام العقد المدنى . فأحكام العقد المدنى تقضى بأن العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون (مادة ١٤٧ مدنى فقرة أولى) . بينما فى العقود الادارية يجوز للادارة أثناء تنفيذ العقد أن تعدل مدى التزامات المتعاقد معها ، فتزيد من الأعباء الملغاة على عاتقه أو تنقصها ، وذلك بإجراء صادر من جانبها وحدها ، بل لها أن تنتهى العقد إذا ما رأت أن مقتضيات المرفق تستدعى ذلك كأن تقدر أن تنفيذ العقد أصبح غير ضرورى للمصلحة العامة أو أنه أصبح غير متفق مع حاجات المرفق العام . وذلك حسبما منعود إلى شرحه تفصيلا بالباب العاشر من هذا المؤلف .

والواقع أن سلطة الادارة فى تعديل بعض نصوص العقد من جانبها وحدها لا تلغى قوة العقد الملزمة ، إنما تحد من مدى هذه القوة الملزمة ، أو على وجه أدق تضفى عليها طابعا خاصا بها فى العقود الادارية .

ويجدر بنا أن نشير بهذا الصدد إلى الاستثناء الهام الذى أورده القانون المدنى المصرى على مبدأ قوة العقد الملزمة ، فبعد أن قررت المادة (١٤٧) فى فقرتها الأولى المبدأ العام ، أوردت فى الفقرة الثانية منها استثناء مقتضاه جواز تعديل القاضى للعقد

(١) LAUSADEE- Du «pouvoir de L'Administration, d'imposer unilatéralement des changements

aux dispositions des contrats administratifs 1954 p. 39.

فى حالة وقوع حوادث طارئة ، وستناول هذا الاستثناء عند دراستنا لنظرية الظروف الطارئة .

أساس سلطة التعديل وطبيعتها :

★ تؤسس هذه السلطة على فكرة المرفق العام . فينبغى الوفاء بحاجات المرفق العام وجعلها مسابقة للتطورات التى تستلزمها مقتضياتها . والادارة العامة نون سواها هى صاحبة الاختصاص فى تنظيم المرفق العام وفى تحديد قواعد تسييره ، وعند الضرورة فى تعديل هذه القواعد ، ومساهمة الأفراد فى تسيير المرفق العام ، سواء اتخذت هذه المساهمة شكل عقد التزام بمرفق عام ، أو عقد أشغال عامة ، أو عقد توريد أو غيره من العقود الادارية ، فانها على أى حال لا تسلب الادارة العامة حقها فى تنظيم المرفق العام وفى اذخال ما ترى من تعديلات على شروط تسييره^(١) .

★ فهذه السلطة مستمدة من طبيعة المرفق العام لا من نصوص العقد إذا أشارت إليها هذه النصوص ، ولا تعدو نصوص العقد فى هذه الحالة الأخيرة على تنظيم تلك السلطة وبيان أوضاع ممارستها وما يترتب على ممارستها من تعويض للمتعاقد مع الادارة وذلك حسبما سنعود إلى بيانه .

★ ويترتب على ذلك أن الادارة العامة تتمتع بسلطة التعديل حتى إذا لم ينص عليها العقد ، ونظرا إلى أنها تتعلق بالنظام العام فلا يجوز للادارة أن تتنازل عن ممارستها تنازلا كليا أو جزئيا .

نطاق تطبيق سلطة التعديل :

كان القضاء الادارى الفرنسى فى أول الأمر يخضع العقود الادارية لنفس الأحكام التى تخضع لها العقود المدنية ، فلم يكن من الجائز تعديل أى نص من نصوصها ، وبصفة خاصة عقود التزام المرافق العامة ، إلا باتفاق طرفى العقد .

على أنه عدل عن هذا الاتجاه وأخذ لأول مرة بشكل واضح بمبدأ سلطة الادارة فى تعديل عقودها الادارية فى حكم هام أصدره سنة ١٩١٠ بشأن عقد التزام بمرفق

(١) محكمة القضاء الادارى فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ (المجموعة من ٦ ص ٢١٤) ، وفى ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٢ (المجموعة من ٧ ص ٧٦) وفى يونيو سنة ١٩٥٢ (المجموعة من ٧ ص ١٢٩٧) ، وفى ١٦ يونيو سنة ١٩٥٢ (المجموعة من ٧ ص ١٥٦٢) .

عام ، إذ قضى هذا الحكم بأنه يجوز للإدارة أن تتخذ من الإجراءات ما تراه ضروريا للوفاء بالحاجات العامة وتحقيق المصلحة العامة ، بقطع النظر عما تقرره نصوص العقد ، فلها أن تفرض على الملتزم أداء خدمات تزيد عن تلك التي ينص عليها العقد ، مستندة في ذلك لا إلى نصوص العقد التي تمنحها هذا الحق ، بل باعتبارها ممثلة للمصلحة العامة .

★ وقد أخذ القضاء الإداري الفرنسي في أحكامه التالية بهذا المبدأ الجديد ، كما أقره الفقه ، فيما يتعلق بغيره من عقود التزام المرافق العامة .

★ على أن سلطة الإدارة في تعديل نصوص العقد ليست مقصورة على الالتزام بل تتجاوزه إلى غيره من العقود الإدارية ، فتشمل عقد الأشغال العامة ، كما تشمل عقد التوريد .

★ وإذا كان الرأي الراجح في الفقه الإداري الفرنسي يقرر للإدارة سلطة تعديل بعض نصوص العقود الإدارية أو إنهاء هذه العقود من جانبها وحدها ، فإن بعض الفقهاء يذهب إلى قصر هذه السلطة على عقود التزام المرافق العامة وعقود الأشغال العامة دون غيرها ، وذلك بالنظر إلى الطبيعة الخاصة لهذه العقود . بل أن بعض الفقهاء ينكر للإدارة العامة سلطتها هذه في التعديل أو الانتهاء^(١) . ولكننا نرى أن هذا الاتجاه أصبح مرجوحا حسبما سيأتي بيانه .

حدود سلطة التعديل :

إن سلطة التعديل هذه شاملة فتتناول جميع العقود الإدارية ، ولكنها ليست مطلقة . فهي شاملة تطبق على كل العقود الإدارية ، ولكنها لا تطبق عليها جميعا على حد سواء وينفس القدر . بل تختلف باختلاف العقود وذلك على أساس مدى مساهمة المتعاقد مع الإدارة في تسير المرفق العام . إذ أن سلطة الإدارة في التعديل ليست الا نتيجة مترتبة على سلطتها على المرفق العام . فكلما كانت صلة العقد بالمرفق العام أوثق كانت سلطة التعديل أوضح .

(١) نكتور توفيق شحاته : مبادئ القانون الإداري ص ٨٠٤ ومابعدها ويشير إلى « L.Huilien »

وتبدو هذه السلطة في ابرز مظاهرها فيما يتعلق بعقد الالتزام ، إذ ان موضوعه تسيير مرفق عام . كما تظهر أيضا على هذا النحو بالقياس إلى عقد الأشغال العامة ، إذ أن الإدارة صاحبة الاختصاص الأول والأصيل فيما يتعلق بهذه الأشغال وتبدو في حدود أضيق حين لا يكون موضوع العقد مساهمة مباشرة للمتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق العام ، كما هو الحال بالقياس إلى عقود التوريد حيث التزامات المتعهد بالتوريد تشركه في تسيير المرفق العام ولكن بطريقة غير مباشرة .

بالإضافة إلى هذا القيد الذي يحدد مدى ممارسة سلطة التعديل باختلاف العقود الإدارية ومقدار اتصالها بتسيير المرفق العام ، ينبغي أن نذكر قيدا آخر يتصل بمقدار الأعباء الجديدة التي تلقى على عاتق المتعاقد مع الإدارة على أثر ممارستها لهذه السلطة^(١) ، فإذا تجاوزت تلك الأعباء الحدود الطبيعية العادية في نوعها وفي أهميتها ، كأن يكون من شأنها تبديل موضوع العقد تبديلا شاملا ، أو حين تتجاوز إمكانيات المتعاقد الفنية أو الاقتصادية ، جاز لهذا المتعاقد أن يمتنع عن تنفيذها وأن يطلب فسخ العقد ، وللقاضي سلطة تقدير ما إذا كان طلب الفسخ له ما يبرره . حسبما سنعود إلى تفصيله بالباب العاشر من هذا المؤلف .

غير أن سلطة التعديل ليست مطلقة . فلا تمارس بالقياس إلى جميع نصوص العقد ، بل تقتصر على بعضها وهي تلك التي تتصل بتسيير المرفق العام وتمس مقتضياته ، فيجوز للإدارة دائما أن تزيد في الأعباء الملقاة على عاتق المتعاقد معها في سبيل تحقيق مصلحة المرفق العام ، ولكنها لا تملك تعديل النصوص المنظمة للروابط المالية الناشئة بين المتعاقدين ، كثمن الخدمات ، أو المزايا المالية المتفق عليها والتي يتمتع بها المتعاقد مع الإدارة .

مقابل سلطة التعديل :

إذا كان من المتفق عليه أن للإدارة سلطة تعديل بعض نصوص العقد ، فلا يجوز أن يقف المبدأ عند هذا الحد وإلا اشتملت العقود الإدارية على عنصر منافي للعدالة ، ولما تقدم أحد للتعاقد مع الإدارة ما دام مهددا بذلك التعديل الذي يزيد من التزاماته . لذلك تقضي العدالة بضرورة إعادة التوازن المالي الذي أبرم العقد على أساسه وذلك بمنح المتعاقد مع الإدارة تعويضا عن الأضرار التي تكون لحقته

(١) محكمة القضاء الإداري في ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ (المجموعة س ٦ ص ٢١٤) ، وفي ١٥ فبراير سنة ١٩٥٤ ، (المجموعة س ٨ ص ٦٨٣) .

فى مركزه التعاقدى ، على أثر ممارسة سلطة التعديل . فان اثار ضرورات المرفق العام على المصالح الخاصة للمتعاقد مع الادارة ليس معناه التضحية بهذه المصالح بحيث يتحمل المتعاقد مع الادارة وحده جميع الأضرار بل يجب أن يتساوى الأفراد فى تحمل الأعباء العاملة^(١) .

على أنه يجب أن نلاحظ مبدئيا أن استعمال الادارة لسلطة التعديل يعتبر ممارسة لحق مشروع مقرر لها ، ولا يعتبر خطأ يستتبع مسئوليتها ، صحيح أن للمتعاقد مع الادارة حقا فى التعويض سواء كان على أثر عمل غير مشروع من جانبها ، أم على أثر ممارستها لسلطتها فى التعديل ، ولكن أساس التعويض يختلف فى كل الحالتين . ففي الحالة الأولى أساسه مسئولية تعاقدية من جانب الادارة ، اما فى الحالة الثانية فالتعويض مؤسس على فكرة التوازن المالى للعقد .

سلطة التعديل فى القانون المصرى :

(أولا) فى التشريع :

طبق المشرع المصرى على عقد التزام المرافق العامة المبدأ الذى يقرر للادارة سلطة تعديل بعض نصوص العقد ، كما راعى مقابل ذلك حق المتعاقد مع الادارة فى التعويض إذا كان له محل ، فالمادة ٥ من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة تنص على أن : « لمانح الالتزام دائما متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله ، ويوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به ، وذلك مع مراعاة حق الملتزم فى التعويض أن كان له محل » .

وقبل صدور هذا القانون والنص على المبدأ على ذلك الوجه الدقيق ، جرت دفاتر الشروط العامة لعقود الالتزام على النص على سلطة الادارة هذه وما قد تستتبعها ممارستها من حق الملتزم فى التعويض ، وذلك تحت عنوان « التعديلات الواجب ادخالها فى مصلحة المرفق العام » .

وبالقياس إلى عقود الأشغال العامة ، نجد أن دفاتر الشروط العامة والمواصفات

(١) محكمة القضاء الإدارى فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ (المجموعة س ٦ ص ٢١٤) ، وفى ٢ يونيو سنة ١٩٥٢ (المجموعة س ٧ ص ١٣٩٧) ، وفى ١٦ يونيو سنة ١٩٥٢ (المجموعة س ٧ ص ١٥٦٢) .

المتعلقة بالمقاولات تتضمن نصوصا مماثلة تقرر أن للادارة العامة فى أى وقت أو بعد بدء العمل ، أن تعدل فى الأعمال بالزيادة أو النقص ، ولها الحق فى حذف بعض الأعمال أو اضافة أعمال أخرى . وذلك كله فى حدود نسبة معينة (٢٠ ٪ عادة) من قيمة العقد . كما أن لها أن تغير موقع العملية إلى موقع آخر غير المحدد لها فى العقد ، وذلك فى حدود دائرة معينة . وتنص هذه الدفاتر على التعويض الذى يمنح للمقاول عن الخسارة التى قد تكون لحقت به ، وذلك بشرط ألا يتوقف المقاول عن تنفيذ العمل فى أية حالة .

وقد ذكرنا أن سلطة الادارة فى التعديل مستمدة من مبادئ القانون العام التى تحكم المرافق العامة ، ولا تنشئها النصوص التشريعية أو التعاقدية ، فلا تزيد هذه النصوص على تقرير ذلك الأصل العام وإعلانه وتنظيمه .

(ثانيا) فى القضاء :

خضعت أحكام القضاء المصرى لتطور مماثل لذلك الذى مرت به أحكام القضاء الفرنسى .

فكانت المحاكم القضائية إذ تطبق قواعد القانون المدنى على العقود الادارية تقضى بأن العقد شريعة المتعاقدين ، وترفض كل تعديل تدخله الادارة على عقودها ، إذا لم تكن هذه العقود قد نصت على منحها حق التعديل .

على أنه حتى قبل انشاء مجلس الدولة والأخذ بالمبادئ الادارية ، أقر القضاء المدنى فى بعض أحكامه سلطة الادارة فى تعديل بعض نصوص العقود الادارية .

وقد تأيبت سلطة الادارة فى تعديل نصوص العقود الادارية بشكل واضح فى أحكام محكمة القضاء الادارى التى طبقت المبادئ الحديثة بشأن تنفيذ العقود الادارية ، فبينت هذه الأحكام أوجه الاختلاف التى تميز العقود الادارية عن العقود المدنية ، فبينما تكون مصالح الطرفين فى العقود المدنية متوازية ومتساوية ، اذ هى فى العقود الادارية غير متكافئة ، اذ يجب أن يعلو المصالح العام على المصالح الفردية الخاصة . ورتبت على هذه الفكرة التى تحكم الروابط الناشئة عن العقد ، أن لها دائما حق تغيير شروط العقد واطافة شروط جديدة بما قد يترأى لها أنه أكثر اتفقا مع المصالح العام دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ...

كما يترتب على هذه الفكرة أن للادارة دائما سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام . وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويضات ان كان لها وجه . وهذا على خلاف الأصل في العقود المدنية التي لا يجوز أن يستقل أحد الطرفين بفسخها أو انتهائها دون ارادة الطرف الآخر^(١) . وأن ، علاقة المتعاقدين في العقود الادارية لا تستند إلى شروط هذه العقود فقط ، وإنما أيضا إلى القواعد القانونية والتنظيمية الخاصة بالمرفق العام^(٢) .

ومن جهة أخرى أقرت أحكام محكمة القضاء الادارى ، كما تبيننا ، حق المتعاقد مع الادارة فى المطالبة بتعويض على أثر تعديل نصوص العقد ، أو زيادة الالتزامات الملقاه على عاتقه والتي لم ينص عليها العقد ، إن كان لهذا التعويض وجه .

★ على أنه إذا تجاوزت الالتزامات الجديدة الملقاه على عاتق المتعاقد مع الادارة الحد المعقول فى نوعها وفى أهميتها ، جاز له الامتناع عن تنفيذها ، أو المطالبة بفسخ العقد ، كل ذلك تحت رقابة القضاء الذى له أن يقدر إذا كان الامتناع عن التنفيذ أو طلب الفسخ له ما يبرره^(٣) .

★ وجدير بالذكر أنه من المنازعات التي يخضع فيها المرفق العام لرقابة القضاء الادارى هى تلك المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية ، وكذلك المنازعات المتعلقة بتنظيمه وسيره ، والقرارات التي يصدرها متى كان يصدق عليها وصف القرارات الادارية ، أى تكون صادرة من المرفق العام بوصفه سلطة عامة .

★ ★ ★
★ ومن جهة أخرى فللمرفق العام حق الطعن فى قرارات السلطة الوصائية التي تمارس عليه السلطة الوصائية كما هو الوضع بالنسبة إلى حالة الآن أو الترخيص السابق حسبما سبق بيانه .

★ . وذلك متى كانت هذه القرارات مشوبة بأحد عيوب القرار الادارى .

(١) محكمة القضاء الادارى فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ (المجموعة من ٦ ص ٢١٤) . أنظر أيضا حكمها فى ٢ يونيو سنة ١٩٥٣ (المجموعة من ٧ ص ١٣٩٧) ، وفى ١٦ يونيو سنة ١٩٥٣ (المجموعة من ٧ ص ١٥٦٣) ، وفى ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٣ (المجموعة من ٨ ص ٢١٩) ، وفى ٨ مارس سنة ١٩٥٤ (المجموعة من ٨ ص ٨٨٠) .

قارن أيضا بذلك حكم محكمة استئناف الاسكندرية فى ٤ مارس سنة ١٩٥٣ (المحاماة من ٣٢ ص ١١٢٦ رقم ٢٨٧) .

(٢) محكمة القضاء الادارى فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٢ (المجموعة من ٧ ص ٧٦) .

(٣) حكم محكمة القضاء الادارى فى ١٥ فبراير سنة ١٩٥٤ (المجموعة من ٨ ص ٦٨٣) .

★ فلكي تلتزم سلطة الوصاية الحدود المرسومة لها ، يجب أن يكون هناك أوجه طعن في قراراتها عندما تتجاوز الحدود^(١) . أى عندما تتجاوز حدود المشروعية الشكلية والموضوعية أو كلاهما .

★ وجدير بالإحاطة أن السلطة الوصية لا تستطيع إبطال قرار الهيئة اللامركزية المستقلة إلا إذا كان قرارها غير مشروع ، كما لو كان مخالفا للقانون أو لقواعد الاختصاص أو مشوبا بإساءة استعمال السلطة ، أو غير ذلك من أسباب عدم المشروعية .

★ وجدير بالذكر أيضا أن السلطة الوصية عندما تقوم بإبطال القرارات غير المشروعة ، فهي تقوم بذلك العمل على الوجه الذي يقوم به القاضي ، فقد تنصب رقابتها على المشروعية كما تنصب على المشروعية والملاءمة طبقا للرأى الراجح فى فقه القانون الإدارى .

★ غير أنها لا تعتبر على أى حال سلطة قضائية فالموظف الذى يقوم بهذه السلطة كما يقول العميد « هوريو » ، لا يخرج عن كونه إداريا حيث يقول :

« L'administrateur qui annule pour déterminée annule à la Façon d, une Juge, dans tous les cas beaucoup moins administrateur que Lo, resqu, il annule d, une Façon discretionnaire d, office » .

Hauriou: Repretioir de Dr, Ad Paris 1892 P.487 - 1188.

(١)

★ مشار للمرجع بمؤلفنا ، الإدارة الحديثة للمؤسسات والشركات العامة ، مرجع سابق ص ١٦٥ .

★ تباينت الآراء فيما إذا كانت سلطة الوصاية تراقب الملاءمة أو الملاءمة والمشروعية ، ف يرى البعض أنها تراقب المشروعية فقط بينما تقوم السلطة الرئاسية بمراقبة الملاءمة والمشروعية ، ونحن نعتقد مع الاستاذ الدكتور مصطفى أبو زيد فهمى فى أن سلطة الوصاية من حقها رقابة الملاءمة والمشروعية .

راجع مؤلفنا الإدارة الحديثة للمؤسسات والشركات - مرجع سابق - متن وهامش - ص ١٦٥ .

الفصل الرابع

مدى سلطة الإدارة فى توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها

أهمية الجزاءات فى العقود الإدارية وخصائص نظامها :

تخضع العقود لأصل عام من أصول القانون يقضى بأنه يجب تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية^(١) . وإذا كانت أحكام هذا الأصل العام تطبق على العقود المدنية حيث يمثل الطرفان مصالح فردية خاصة ، فإنها تطبق على وجه أخص فى العقود الإدارية ، حيث التزامات المتعاقدين مع الإدارة تنصب على المصلحة العامة التى تمثلها الإدارة .

وكل لخلل من جانب المتعاقدين مع الإدارة ليس مقصورا على أن يكون اخلافا بالتزام تعاقدى ، وإنما فيه أيضا مساس بالمرفق العام الذى يتصل به العقد ، لذلك وجب أن تكون الجزاءات المترتبة على هذا الاخلال شديدة ، فقد يكون من شأنه أحداث اضطراب خطير من الناحية الاقتصادية والاجتماعية .

ونظام الجزاءات فى العقود الإدارية لا يستهدف فقط إعادة التوازن بين الالتزامات المتبادلة التى تنشأ بين طرفى العقد ، ولا يتسم بطابع العقوبات التى توقع على المتعاقدين مع الإدارة ، إنما هدفه الأساسى الوصول الى تنفيذ الالتزام المتصل بسير المرفق العام ، أو استبعاد الاختلال الذى قد يلحق المرفق العام لذلك يتميز باستعمال الوسائل التى تصل الى تحقيق موضوع العقد ، ومن هذه الوسائل على وجه الخصوص سلطة التنفيذ المباشر .

ومن ثم وجب أن نبحث فيما إذا كانت الجزاءات مقصورة على تلك المنصوص عليها فى العقد أم أنها تتجاوزها الى غيرها ؟

فى حالة عدم وجود نص فى العقد يقرر توقيع الجزاءات ، فهل يترتب على اخلال المتعاقدين بالتزاماته التعاقدية عدم توقيع جزاءات عليه ؟ ومن جهة أخرى ما هى الجزاءات التى يجوز توقيعها على المتعاقدين مع الإدارة وتلك التى لا يجوز توقيعها .

(١) وقد أورد القانون المدنى المصرى هذا الأصل العام ، إذ نصت المادة ١٤٨ منه على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع يوجبه حسن النية" .

وللاجابة على ذلك نفرق بين الجزاءات التعاقدية ، والجزاءات غير التعاقدية على النحو التالي :

الجزاءات التعاقدية والجزاءات غير التعاقدية فى الفقه والقضاءين الفرنسى والمصرى :

المذهب القديم :

كان المبدأ السائد فى الفقه الإدارى الفرنسى والذى أيده القضاء الإدارى فى حكمين شهيرين نذكر منهما حكم *chenins de Fer d'orléans* .

ويقول الحكم :

« .. ، أن الجزاءات التى يجوز توقيعها على المتعاقد مع الإدارة هى تلك التى نص عليها العقد ، دون غيرها . إذا بينت نصوص العقد اجزاءات التى توقع طبقت هذه النصوص ، أما فى حالة عدم نص العقد على جزاءات ، فلم يكن يسمح للقاضى بتلقى هذا النقص وتقرير جزاءات من عنده . فلم يكن أمام الإدارة الا توقيع جزاء واحد ، ذلك الذى تقضى به القواعد العامة ، وهو إلغاء العقد وتحميل للمتعاقد مع الإدارة التبعات المالية لهذا الإلغاء ،»

فاذا لم ينص العقد على جزاءات متدرجة تتناسب فى خطورتها مع عدم وفاء المتعاقد مع الإدارة ببعض التزاماته ، كانت الإدارة مكتوفة الأيدى ، لا تملك سوى وسيلة واحدة وهى إلغاء العقد ، ولكنها لم تكن تلجأ الى هذه الوسيلة الا فى حالة اخلال خطير من جانب المتعاقد معها بالتزاماته .

ومن ثم فازاء وقوع بعض الاهمال من جانب المتعاقد مع الإدارة أو الاخلال اليسير بالتزاماته ، لم يكن أمام الإدارة الا أحد حلين وهما : اما أن تتغاضى عن هذا الاهمال أو الاخلال اليسير وتحملهما ، واما أن تفسخ العقد ، وفى الأخذ بأى الحلين تطرق غير مستساغ فلم يكن معقولا ، فى حالة عدم نص العقد على جزاءات ألا تترتب على الاخلال بالالتزامات التى يقررها توقيع أى جزاء .

وبالقياس الى العقود الخاصة ينظم القانون المدنى الجزاءات المترتبة على عدم وفاء أحد الطرفين بالتزاماته^(١) ، حتى اذا لم ينص العقد على ذلك فكان من

(١) تنص المادة (١/١٥٧) من القانون المدنى المصرى رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٨ على مايلى :-

الضروري من باب أولى تنظيم مثل تلك الجزاءات بالقياس الى العقود الادارية بسبب اتصالها بالمصلحة العامة .

المذهب الحديث :

تحت تأثير هذه الأفكار عدل القضاء الاداري الفرنسي عن موقفه السابق ، وذلك في حكم أصدره سنة ١٩٠٧ . وقضى هذا الحكم بأن نصوص العقد تحدد التزامات كل من طرفيه . وأن الاخلال بهذه الالتزامات يجب أن يترتب عليه توقيع جزاء . وإذا لم ينص العقد على الجزاءات التي توقع في حالة الاخلال بالالتزامات ، جاز للقاضي بناء على طلب الطرف الآخر (المضار) أن يحكم بجزاءات تتناسب ومدى الاخلال بنصوص العقد .

ويعتبر الاتجاه الذي استحدثه حكم مجلس الدولة سنة ١٩٠٧ خطوة هامة بالقياس الى النظريات التي كانت سائدة ، إذ أنه استبعد المبدأ الذي كان من شأنه التركيز على نصوص العقد فيما يتعلق بتوقيع الجزاءات ، فتكونت العقد لا يحمي المتعاقد مع الادارة عن اخلاله بالتزاماته ، كما أنه لا يضطر الادارة الى الإلتجاء الى هذا الاجراء العنيف وهو فسخ العقد .

على أن هذه الخطوة لم تكن كافية ، تلك أن الحكم بالتعويض الذي تنص عليه أحكام القانون المدني يستلزم تدخل القضاء ، بينما مقتضىات المرافق العامة التي تبرم بشأنها العقود الادارية ، تستدعي منح الادارة نفسها سلطة توقيع الجزاء على أن تخضع في هذا التصرف لرقابة القضاء اللاحقة ، وقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي بهذا الحل في حكم أصدره سنة ١٩٢٩ م .

الخلاصة :

من شأن هذا التطور الأخير أصبح نظام الجزاءات التي توقع في العقود الادارية ، متمایزا عن تلك التي توقع في العقود المدنية ، فبينما يشترط في عقود القانون الخاص صدور حكم قضائي بالتعويض ، يجوز للادارة بالنسبة الى العقود الادارية أن تتخذ جميع الاجراءات اللازمة لكفالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن تلك العقود ، ومنها توقيع جزاء دون انتظار لصدور حكم من القضاء .

على أن المتعاقد مع الادارة يتمتع بضمانات ، منها ، أنه لا يجوز للادارة توقيع .

- وفي العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزاماته جاز للمتعاقد الآخر بعد عذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى .

جزاءات عليه الا بعد اعذاره بالقيام بالتزاماته ، ما لم ينص العقد صراحة على الاعفاء من الاعذار ويخضع تصرف الادارة لرقابة القضاء اللاحقة^(١) .

تحدد الجزاءات المترتبة على الاخلال بالالتزامات التعاقدية :

نبين ذلك فيما يلي :

(أولا) : عدم جواز الاستعاضة عن الجزاءات المنصوص عليها في العقد بغيرها :

حين ينص العقد على جزاءات معينة تطبق في حالة الوفاء بالالتزام أو الاخلال به ، لا يجوز في هذه الحالة أن تستبدل بهذه الجزاءات جزاءات أخرى فإذا جاز تلافى نقص العقد فيما لم ينص عليه من جزاءات ، فمن غير الجائز الاستعاضة عن نص صريح محدد من نصوصه بجزاء آخر ، حتى إذا تبين أن الجزاء المنصوص عليه في العقد غير كاف^(٢) .

على أنه يجوز للادارة في بعض الأحيان أن تحل محل المتعاقد معها حلولا جزئيا أو مؤقتا في القيام بالالتزامات التي لم يتم بوفائها ، حتى إذا لم ينص العقد على هذا الحلول :

(ثانيا) الجزاءات الجنائية :

إذا كان عدم وفاء المتعاقد مع الادارة بالتزامه يعتبر في نفس الوقت جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات ، فالجزاء الذي ينص عليه هذا القانون يطبق على المتعاقد مع الادارة ، كما هو الحال مثلا فيما يتعلق بمخالفات قانون التنظيم التي تصدر من مقاول الأشغال العامة أو الملتزم بمرفق عام .

وفي غير الحالات التي ينص القانون على اعتبارها جرائم فإن اخلال المتعاقد مع الادارة بالتزاماته لا يستتبع توقيع عقوبات جنائية ، لأن الجزاءات التي توقع على المتعاقد مع الادارة في هذه الحالة لا يمكن أن تكون الا جزاءات مدنية ، والنصوص التي يشتمل عليها العقد لا يمكن أن تعتبر نصوص لائحة من لوائح الضبط الإداري .

وقد جرى البحث فيما إذا كان يجوز للادارة أن تستعمل سلطتها في اصدار لوائح ضبط إداري لتحول اخلال المتعاقد بالتزاماته الى مخالفات جنائية .

(١) أخذت محكمة القضاء الإداري بهذا الإتجاه في ٢٣ يونيو سنة ١٩٥٢ (المجموعة - ٧ ص ٠٠)

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري في ١٣ مايو ١٩٥٢ (المجموعة ص ٦ ص ٩٥٧)

إن الرأي السائد في القضاء الإداري الفرنسي أنه يجوز للإدارة أن تصدر لوائح ضبط إداري للمحافظة على النظام العام ، أي لوائح تستهدف كفالة الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة ، وأن تطبق أحكام هذه اللوائح على المتعاقدين معها . أما إذا أصدرت الإدارة تلك اللوائح مستهدفة النظام العام في ظاهرها ، ولكنها في الواقع لم تقصد إلا المتعاقد معها ، وكان إصدارها لهذه اللوائح وسيلة لإرغام المتعاقد معها على الوفاء بالتزاماته ، ففي ذلك انحراف باستعمال سلطات الضبط الإداري عن الغرض الذي أنشئت من أجله .

(ثالثا) الجزاءات المالية :

الجزاء الأساسي لعدم الوفاء بالالتزام في القانون المدني هو الحكم بالتعويض أي الحكم بمبلغ من المال يمثل الضرر الذي لحق بالطرف الآخر ومثل هذا الجزاء يطبق في العقود الإدارية ، مع ملاحظة أن الفكرة فيه تتمثل في إرغام المتعاقد مع الإدارة على تنفيذ التزامه أكثر منها تعويض الإدارة عن الضرر الذي يكون لحق بها .

كما أن للإدارة أن توقع على المتعاقد معها جزاء ماليا آخر يتمثل في الغرامة^(١) . وتختلف الغرامة عن التعويض في أنه ينص عليها وتحدد في العقد في حالة عدم الوفاء بالتزام أو الإخلال به ، وتعتبر بمثابة تعويض جزافي ، وفي هذه الحالة للإدارة أن توقع هذا الجزاء المالي دون أن تلزم بإثبات أن ضررا لحق بها .

ويأخذ القانون المدني بنظام الغرامة التهديدية ، ومقتضاه أنه يجوز للدائن أن يحصل على حكم بالزام المدين بالتنفيذ ويدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك ، لإكراهه على التنفيذ . ونظرا إلى أن لدى الإدارة جزاءات أخرى أشد مضاء تطبقها في حالة عدم وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته ، فقد رُوي فيما يتعلق بالجزاءات

(١) تنص لائحة المناقصات والمزايدات ، على أنه عند التأخير في التوريد ، للحكومة اتخاذ إجراءات مختلفة منها إعطاء المتعهد مهلة إضافية للتوريد ، على أن توقع عليه غرامة حددت نسبتها عن كل مدة تأخير ، كما نصت على نسب الغرامات التي توقع على المقاولين عن تأخيرهم في إنجاز الأعمال الموكول اليهم تنفيذها ، وذلك كله دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات قضائية ، ودون الإخلال بحق الإدارة في المطالبة بأي تعويض نظير الأضرار التي تحدثت عن عبء المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ عقده .

المالية الاكتفاء بالغرامة والتعريض ، وعدم الأخذ بنظام الغرامة التهديدية المطبق في القانون الخاص .

(رابعاً) الاجراءات القهرية المؤقتة :

إذا لم يف المتعاقد مع الادارة بالتزاماته جاز للادارة من ناحيتها أن تمتنع عن تنفيذ التزاماتها ، على أن امتناع الادارة عن تنفيذ التزاماتها يترتب عليه المساس بسير المرفق العام ، بينما الهدف الأساسي الذي تصبو اليه الادارة عن طريق توقيع الجزاءات ، هو على العكس من ذلك ، العمل على تنفيذ العقد وعلى تسيير المرفق العام ، لذلك تلجأ الادارة الى وسائل أخرى تحصل بها على تنفيذ الالتزام .

ومن هذه الوسائل أن تحل الادارة بنفسها محل المتعاقد معها في تنفيذ الالتزام ، أو أن تعهد بتنفيذه الى شخص آخر^(١) ، وقد يكون هذا الحل عن طريق الادارة أو عن طريق تكليف شخص آخر ، مؤقتاً أي محدداً بزمان معين أو بالقياس إلى عملية بالذات من العمليات التي يتضمنها العقد فهذا الاجراء لا ينهي العقد الذي يبقى قائماً ولا يزيد على أن يكون موقوفاً ، ويكون الحل على حساب المتعاقد مع الادارة ، فينفذ الالتزام التعاقدى على مسؤوليته المالية . على أن استعمال مثل هذه الوسائل القهرية لا يكون الا في حالة الاخلال بالالتزام اخلاصاً خطيراً .

(خامساً) الاجراءات الرادعة النهائية :

أما إذا اتضح أنه لم يصبح في وسع المتعاقد مع الادارة الوفاء بالتزاماته على وجه مرض ، أو كان الاخلال بالالتزام اخلاصاً خطيراً جداً ، فيوقع عليه أخطر جزاء ، ذلك الذي ينهي العقد ، وهو فسخ العقد^(٢) ، دون أن يتوقف هذا القرار على صدور حكم قضائي^(٣) . وستوضح ذلك تفصيلاً بالباب العاشر من هذا المؤلف .

(١) تنص لائحة المناقصات والمزايدات على أنه في حالة عدم قيام المتعهد بالتوريد في الميعاد المحدد بالعقد أو في غضون المهلة الإضافية التي يمكن منحها ، فللادارة شراء الاصناف التي لم يقدم المتعهد بتوريدها ، من غيره ، على حسابه ، وبالطريقة التي تضمن بها الحصول على الصنف ، سواء بالممارسة أو بعهادات محلية أو عامة .

(٢) تناولت لائحة المناقصات والمزايدات أحكام إلغاء التعاقد بالنسبة لعقود التوريد فيما يختص بالاصناف والكميات المتأخر توريدها ، وسحب العمل من المقاول بالنسبة لعقود الأشغال العامة .

(٣) قارن في ذلك حكم المادة ١٥٧ من القانون المدني المصري التي تنص على أنه «إذا لم يوف»

ونظرا الى أنه على الرغم من فسخ العقد ، يجب كفالة سير المرفق العام ، ويستتبع الغاء العقد عادة إبرام عقد جديد مع متعاقد آخر ، فإن هذا العقد الجديد يبرم على حساب المتعاقد مع الادارة وتحت مسؤوليته المالية ، فإذا كانت شروط العقد الجديد تستتبع زيادة في التكاليف المالية التي تقع على عاتق الادارة فإن المتعاقد معها الأول هو الذى يتحمل مسؤولية هذه النتائج المالية .



- أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعداره المدين. أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه ، مع التعويض فى الحالتين ان كان له مقتضى ، ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلا اذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى الالتزام فى جملته . -

الفصل الخامس

مدى التزام الادارة باعذار المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء

ان نظرية الجزاءات فى العقد الادارى لا ترسم فقط حقوق الادارة وسلطاتها ازاء متعاقدىها الآخر . بل أيضا تعترف لهذا الأخير بضمانات قانونية لحماية حقوقه عن تجاوز الادارة حدود سلطتها . وتتمثل هذه الضمانات فى التزام الادارة بأن تعذر المتعاقد معها بالجزاء قبل توقيعها عليه ، ويعتبر هذا الالتزام اجراء جوهريا - فى حالات معينة - يترتب على تخلفه عدم مشروعية الجزاء ، وكذلك فان قرار الجزاء يخضع لرقابة قضائية من زاويتي المشروعية والملاءمة ، ويمكن للقاضى - فى أحوال معينة الغاء الجزاء غير المشروع . ومن بين تلك الضمانات أيضا عدم جواز استخدام الادارة سلطتها فى الضبطية الادارية بالنسبة لالتزامات المتعاقد الناشئة عن العقد ، فضلا عن ذلك تتحقق مسئولية الادارة عن الجزاء غير الصحيح الذى اتخذته متى توافرت أركانها الأخرى بثبوت أن هذا الخطأ قد أصاب المتعاقد بضرر ، وارتباط هذا وذلك بعلاقة سببية مباشرة . وذلك لأنه اذا كان ثمة الزام بفرض على الكافة مؤداة عدم الأضرار بالغير ، ومخالفة هذا النهى هى التى ينطوى عليها الخطأ ، فانه فى دائرة مسئولية الدولة عن أعمالها التعاقدية تظهر التزامات أساسية وهى :

(أولا) : وجوب تنفيذ شروط العقد والتزاماته بما يجب أن يتوافر من حسن نية .

(ثانيا) : وجوب المحافظة على سير المرافق العامة بانتظام واطراد على وجه يحقق المصلحة العامة .

(ثالثا) : الالتزام باعذار المتعاقد مع الادارة - فى حالات معينة .

وطبقا للمادة (٢١٩) منى يكون اعذار المدين بانذاره أو بما يقوم مقام الانذار ، ويجوز أن يتم الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين فى قانون المرافعات ، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة الى أى اجراء آخر .

★ ومن مطالعة هذه المادة ، يبين أنه يجوز أن يكون الاعذار مترتبا على اتفاق

يقضى بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة الى اجراء آخر ، كما تنص المادة (٢٢٠) مدنى بأنه لا ضرورة لا عذار المدين فى الحالات التالية :

- (أ) اذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين .
- (ب) اذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع .
- (ج) اذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك .
- (د) اذا صرح المدين كتابة أنه لا يرد القيام بالتزامه .

★ وقد أيد الدكتور/ العميد : السنهاورى ذلك بقوله :

«ويلاحظ أنه لا ضرورة لاعذار المدين قبل المطالبة بالفسخ اذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه ، أو اذا أصبح تنفيذ الالتزام غير مجد أو غير ممكن بفعل المدين بأن كان التنفيذ قد فات ميعاده ، أو بأن كان التنفيذ هو الامتناع عن عمل شيء وعمله المدين»^(١)

★ وقد أيدت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه فى حكمها الصادر فى ٥ ابريل سنة ١٩٦٦ حيث جاء بحكمها ما يلى :

«لا ضرورة للاعذار اذا أصبح تنفيذ الالتزام غير مجد وغير ممكن بفعل المدين ، واذا كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه اعتبر الأخطاء الفنية التى وقع فيها المقاول مما لا يمكن تداركها فان مفاد ذلك أن الالتزام المترتب على عقد المقاولة أصبح غير ممكن تنفيذه ، ومن ثم فان الحكم المطعون فيه قضى بفسخ العقد والتعويض دون سبق اعذار المدين بالتنفيذ العينى لا يكون قد خالف القانون»^(٢)

ويمكن الاسترشاد بهذه القواعد أمام القضاء الادارى مع الملاءمة التى تتطلبها طبيعة الدعوى الادارية .

(١) العميد الدكتور/ عبد الرزاق السنهاورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ، - نظرية الالتزام بوجه عام - ط/٣ - ص ١٩٨١ - ص ٩٢٣ - ٩٢٤ .

(٢) نقض مدنى فى ٥ ابريل سنة ١٩٦٦ - مجموعة أحكام النقض - السنة ١٧ رقم ١٠٧ ص ٧٩٧ .

ماهية الاعذار ووضعه في الفقه والقضاء الإداري الفرنسي والمصري :

يخلص مما تقدم أنه يقصد بماهية الاعذار طبقاً للقواعد العامة اثبات حالة تأخر المدين في تنفيذ التزاماته اثباتاً قانونياً ، ولذلك فهو ليس وسيلة لإظهار إرادة أحداث حالة قانونية جديدة ، بل هو إجراء تمهيدى للتنفيذ إذا لم يتم التعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماته على النحو القانوني السليم .^(١)

(ثانياً) : مبدأ الاعذار في الفقه والقضاء الفرنسي :

يسلم فقهاء القانون الإداري في فرنسا بأنه يجب على الإدارة اعذار المتعاقد معها عند عدم تنفيذ التزاماته ، أو تأخيرها في هذا التنفيذ ، وتدعوه لأدائها ، وإعلانه بالجزاء الذي سيطبق عليه إذا لم يصلح من تقصيره في تنفيذ العقد .^(٢) وقد سلم قضاء مجلس الدولة الفرنسي برأى الفقه في أحكام كثيرة ، غير أن هذه القاعدة في القانون الفرنسي ليست مطلقة ، حيث يرد عليها بعض الاستثناءات نعرض منها ما يلي :

(١) إذا تضمن العقد نصاً صريحاً بإعفاء الإدارة من الاعذار .

(٢) يمكن أن يستخلص الإعفاء من الاعذار تبعاً للظروف الخاصة بكل دعوى ، ويختص قاضي العقد بتقدير هذه الظروف ، أخذاً في اعتباره طبيعة العقد والعبارات التي جرى بها النص الخاص بالجزاء ، فإذا كانت الظروف على سبيل المثال تضي على تنفيذ العقد طابع الضرورة الملحة كما هو شأن توريدات المواد العسكرية خلال زمن الحرب ، فإن المتعاقد يعتبر وكأنه قد أعذر بمجرد انتهاء المدة المقررة للتنفيذ ، وتفريعا على ذلك لا يجب اعذاره قبل توقيع الجزاء ضده .

(٣) كذلك فلا محل للاعذار إذا كانت الظروف تقطع بعدم الفائدة منه .

(٤) كما يرى فريق من الفقه الفرنسي عدم جواز الاعذار بالنسبة لبعض الجزاءات مثل وضع المرفق المدار بطريق الالتزام تحت الحراسة الإدارية لما يترتب على هذا الإجراء من سرعة فورية تهدد سير المرفق العام^(٣) .

(١) الدكتور العميد/ عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - ج/٢ - ط/١٩٨٦ - ص ٨٣٠ .

(٢) دي لوبانير ، العقود الإدارية جزء ٢ ص ١٣٩ .

(٣) جيز - المبادئ العامة للقانون الإداري - جزء ٣ - ص ٨٧٥ .

وضع الاعذار فى القانون المصرى وفى لائحة المناقصات والمزايدات :

بينما هذا الوضع فى الفقه والقضاء المصرى على النحو سالف الذكر ، أما لائحة المناقصات والمزايدات فتتضمن بعض النصوص التى تستلزم اعذار المتعاقد فى أحوال معينة ، منها فرار سحب العمل من المقاول اذا أخل بأى شرط من شروط العقد ، أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ،

وفى ذلك تنص المادة (٨٢) من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بأصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات على ما يلى :

«إذا أخل المقاول بأى شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ اخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بالقيام باجراء هذا الاصلاح كان لرئيس الادارة المركزية أو المدير العام المختص وعلى مسئوليته الحق فى اتخاذ أحد الاجراءين التاليين وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة ...»

والاجراءين المشار اليهما هما :

(أ) فسخ العقد مع مصادرة التأمين المستحق وقت الفسخ والحصول على جميع ما تستحقه الجهة الادارية من غرامات أو تعويضات عما يلحق بها من أضرار .

(ب) سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه بطريق المناقصة العامة أو المناقصة المحدودة أو المناقصة المحلية أو الممارسة فى حدود أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات والاحكام الواردة بهذه اللائحة وذلك مع مصادرة التأمين النهائى المستحق على المقاول وقت سحب العمل والحصول على جميع ما تستحقه الجهة الادارية من غرامات وتعويضات واسترداد جميع ما تكبدته من مصروفات وخسائر زيادة على قيمة العقد نتيجة لسحب العمل .

ويكون لجهة الادارة الحق فى احتجاز كل أو بعض ما يوجد بمحل العمل من منشآت وقتية ومبان وآلات وأبوات ومواد وخلافه دون أن تكون مسئولة قبل المقاول أو غيره عنها وعما يصيبها من تلف أو نقص لأى سبب كان أو دفع أى أجر عنها - كما يكون لها الحق أيضا فى الاحتفاظ بها حتى بعد انتهاء العمل ضمانا لحقوقها ولها أن تبيعها دون أننى مسئولية من جراء البيع .

★ ويلاحظ أنه بالرغم من ذلك فإن اللائحة تعفى الادارة صراحة فى بعض الحالات من اعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه .

الباب الرابع

القواعد العامة للاثبات أمام القضاء
العادي والإداري

الفصل الأول

الوسائل الجوهرية للأثبات أمام القضاء العادى والادارى

تمهيد :

ان الوضع بالنسبة لوسائل الأثبات العامة أمام القضاء الادارى يتمثل فى امكانه تكليف الطرفين بايداع بعض المستندات التى يرى لزومها لتكوين عقيدته واقتناعه ، وبيادر القاضى هذه الوسيلة بناء على طلب من أحد الطرفين أو من تلقاء نفسه ، ويمكن التكليف بذلك بتوجيهه الطلب الى المدعى أو المدعى عليه طبقا لما تقتضيه ظروف الدعوى .

وقد أشارت الى هذه الوسيلة صراحة المادة (٣٧) من مرسوم ٣٠ يولية ١٩٦٣ المتعلق بمجلس الدولة الفرنسى .

وقد نصت هذه المادة على توجيه العرائض والطعون للطراف أصحاب الشأن والوزراء ، واذا تطلب الأمر تقديم المستندات وجميع الأعمال التحضيرية اللازمة للدعوى طالما كانت هذه المستندات منتجة فى الدعوى .

أما فى النظام المصرى فقد أشار قانون مجلس الدولة صراحة الى سلطة المفوض فى تكليف نوى الشأن بتقديم المذكرات والبيانات والمستندات التى يرى لزومها لاستيفاء الملف ، وكذلك بحق للمحكمة - عندما تحال اليها الدعوى بتقرير هيئة المفوضين مباشرة هذه السلطة^(١) .

وفى حالة تقاعس جهة الادارة عن ارسال المستندات المطلوبة يمكن للمفوض أو للمحكمة الحكم على المسئول بغرامة مالية .

وقد حكمت محكمة القضاء الادارى فى حكمها الصادر فى ١٥ ابريل سنة ١٩٧٠ م . أنه من المبادئ المستقرة فى المجال الادارى أن الجهة الادارية تلتزم

(١) تراجع المواد ٢٧ ، ٢١ ، ٢٢ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ، وسبقت الإشارة الى سلطة التكليف ، بالقانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ بالمادتين ٢٧ ، ٢٠ وكذلك القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ بالمادتين ٣٠ ، ٢٣ .

بتقديم سائر الأوراق والمستندات المتعلقة بموضوع النزاع والمنتجة في اثباته إيجاباً أو نفياً متى طلب منها ذلك .

ويتجه قضاء مجلس الدولة الفرنسي الى أن الإدارة لا تكلف فقط بتقديم ملفها ومستنداتها بل يتعين عليها بالإضافة الى ذلك تقديم أسباب تصرفاتها اذا رأى القاضى لزوماً لذلك^(١) .

وجدير بالذكر أن القاضى لا يطلب الا المستندات التى يرى لزومها لاثبات أمر له أهميته فى الدعوى يساعده فى تكوين عقيدته بشأنها ، وبناء على ذلك فإنه لا محل لطلب ايداع مستندات غير منتجة ، أو لا جدوى منها مثل المستندات التى لا تتعلق بموضوع النزاع أو تكون خارجة عن مجاله ، كما أنه من غير المفيد طلب مستندات مودعة صورها بملف الدعوى ولم تجدد من الخصوم ، كذلك فإنه من التزود طلب الملف الشخصى للموظف إذا كان ملف الدعوى يتضمن كل العناصر اللازمة للفصل فى الموضوع ، وتعرف هذه المستندات بالمستندات الزائدة .

وعلى سبيل المثال فإن المستندات التى تترجم لتكوين عقيدة القاضى فى الدعوى الإدارية يمكن أن تتمثل فى الملف الشخصى للموظف ، وتقارير كفايته ، وأوراق التحقيقات التى أجريت معه ، وقرارات الجزاء التأديبى أن وجدت ، والمستندات التى تثبت اجراء التنظيم الإدارى فى الميعاد ، ومذكرات الرد على الدعوى ، ومحاضر لجان الترقيات ، وغير ذلك من الأوراق المنتجة فى الدعوى والتى يختلف لزومها بحسب طبيعة كل دعوى على حده ، كما يمكن طلب الملفات والمستندات التى ترتبط بالدعوى كملفات خدمة زملاء المدعى ، والقرارات الإدارية الصادرة فى شأنهم ، والأوراق التى تثبت حالة الزميل الذى يطالب المدعى بتسوية حالته على أساس حالة هذا الزميل ، حتى يمكن للمحكمة أن تستوثق من الشروط التى يتطلبها القانون لاقرار التماثل فى التسوية بين الموظف وزميله ، وحتى يمكن اطمئنان القاضى من تماثل المراكز القانونية .

وفى منازعات العقد يحق للقاضى والمتعاقد طلب إيداع ملف العقد ومستنداته والقرارات الإدارية المتصلة به لتبين حالة إساءة استعمال السلطة .

فكما سبق القول يمكن للقاضى الإدارى مطالبة الإدارة ببعض المستندات التى يمكن أن يستشف منها حالة إساءة استعمال السلطة ، أو تجاوز السلطة بمخالفة القوانين واللوائح ، أو عدم مشروعية القرار موضوع التظلم ، وذلك

(١) يراجع حكم مجلس الدولة الفرنسى ٢١ ديسمبر ١٩٦٠ - المجموعة ص ١٠٩٣ .

نظرا لأن القاضي الإداري هو في حقيقة الأمر قاضي مشروعية يزن القرار الإداري بميزان المشروعية ، وله في سبيل تحقيق هذه الغاية الاطلاع على كافة المستندات التي تقتضيه في ضميره وفي وجدانه بشرعية القرار المتظلم منه أو عدم شرعيته .

وقد كانت مسألة طلب المستندات المتعلقة بدعوى إساءة استعمال السلطة أو تجاوزها محل خلاف بين بعض الكتاب ، ففريق يحرم طلبها على سند من مبدأ الفصل بين اختصاص القضاء الإداري والإدارة العامة ، غير أن وجهة النظر المقبولة الآن تؤيد حق القاضي الإداري في طلب هذه المستندات استنادا إلى سلطته الاستيفائية للدعوى وحقه في اكتمال ملف الدعوى في ضوء الملابسات المتعلقة بها ، وأن ذلك ليس فيه أي مساس باستقلال الإدارة .

ولذلك أنهى مجلس الدولة الفرنسي إلى تأكيد سلطة القاضي الإداري في جميع الدعاوى الإدارية التي ترفع أمامه - سواء تعلقت بدعوى الإلغاء لعدم مشروعية القرار ، أو بدعوى القضاء الكامل - في طلب كافة المستندات اللازمة لتكوين عقيدته في الدعوى لأن ذلك يدخل في نطاق اختصاصه المتعلق برقابة المشروعية^(١) .

وجدير بالذكر أنه إذا تجاهلت جهة الإدارة طلب المستندات اللازمة للفصل في الدعوى فإن ذلك يؤدي إلى التشكيك في صحة الإجراءات التي اتخذتها الإدارة ، ويتحقق ذلك أيضا إذا لم تقدم الإدارة ما يحض المستندات التي قدمها المدعي ، وبالمقابل يمكن المعاملة بالمثل في حالة عدم تقديم المدعي المستندات المطلوبة ، أو عدم إحضار أو نفى ما تقدمه الإدارة من مستندات أو قرائن قوية مقنعة .

ويتجه القضاء الفرنسي في حالة فقد الملف أو ضياعه من الإدارة ، التسليم والاعتداد بادعاء المدعي لعدم تقديم الإدارة ما يثبت عكس ادعائه أو ما ينفي صحته وذلك على سند من أنه لا يسوغ إعاقة القاضي عن مباشرة واجبة ، وعلى سند من أن تعويق مهمته في رقابة المشروعية بسبب أن أعمال الإدارة يبرر الاستجابة لطلب

(١) وتأكيدا لما تقدم فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ٨ نوفمبر ١٩٧٨ - المجموعة ص ٧١٩ - بحق القاضي الإداري في مراقبة سلامة القرار المطعون فيه ومراقبة سلطة الإدارة التقديرية مما يقتضي أن يطلب بالتالي بيان أسباب القرار المطعون فيه مع طلب الإيضاحات اللازمة بشأن اتخاذ هذا القرار .

وللتوسع في دراسة هذا الموضوع يراجع :

Lemassurie : «la preuve dans le détournement de pouvoir» (R.D.P.1959) .

المدعى الخاص بالغاء القرار المطعون فيه ، حيث تعتبر المخالفة التى يدعيها الطاعن ثابتة فى ضوء حالة ضياع الملف ، وعلى سند من أن ملف العقد هو المستودع الرئيسى الذى يحتوى على كافة المستندات الدالة على الحالة التعاقدية من وقائع وقرارات ومراكز قانونية .

وجدير بالفكر أيضا أن مجلس الدولة المصرى ينتهج نفس الاتجاه السابق حيث يقضى بالزام الادارة بتقديم سائر الاوراق والمستندات المنتجة فى الموضوع اثباتا أو نفيا ، فاذا نكلت الادارة عن ذلك أو تسببت فى فقدانها فإن ذلك يقسم قرينة لصالح المدعى تلقى عبء الاثبات على عاتق الادارة وتجعل المحكمة فى حل من الأخذ بما قدمته من أوراق وما ساقته من حجج وأسانيد ومطاعن قانونية .

ومن أهم الأمثلة القضائية على ذلك حكم المحكمة الادارية العليا حيث قضت المحكمة بأن عدم تقديم الادارة التقرير الخاص بالمدعى عن عام ١٩٥٥ المقول بحصوله فيه على درجة ضعيف ، على الرغم من تكليفها بذلك مرارا والمساسح السبيل أمامها ، لذلك يستشف منه عجزها عن تقديم الدليل الذى يثبت أن دفاعها منتزع من أصول موجودة قائمة وثابتة بالأوراق^(١) . ويمكن تطبيق هذا المبدأ على المنازعات التعاقدية .

~~ويلاحظ أن هذا المبدأ قائم سواء~~ كانت الادارة متراجية فى الاستجابة الى طلب المحكمة مدعية أو مدعى عليها .

ويلاحظ أنه اذا لم تقدم الادارة أى دليل لاثبات دعواها وكان المجال منفسحا أمامها لذلك من تاريخ اقامة الدعوى لتقديم مستنداتها ، فإن دعواها تكون على غير أساس من القانون وجديرة بالرفض^(٢) .

ولم يلق الأمر عند هذا الحد ، بل بلغ الأمر بمحكمة القضاء الادارى الى القول : بأن تعنت الادارة فى الامتناع عن تقديم المستندات واخفاء بعض الأوراق يعتبر خطأ يبرر القضاء بالتعويض ، وذلك على سند من انطواء تصرف الادارة على اجراءات خاطئة تدل على العنت وتفصح عن مقاومة

(١) الادارية العليا الحكم الصادر فى ١٧ مارس ١٩٦٨ - س ١٣ ق ٦٨٧ .

(٢) الادارية العليا فى ٩ ديسمبر ١٩٦٧ - السنة ١٣ ق - ص ٢٢٨ .

عديدة خالية من الحق ، الأمر الذى يؤدى الى استقالة امد النزاع ، فضلا عن الدفاع الكيدى مما يصر بالافراد ويستوجب التعويض،^(١) .

وجدير بالذكر أيضا أن محكمة القضاء الادارى قضت بخصوص الطعن فى قرار فصل بغير الطريق التأديبى وأنه اذا ما عزفت جهة الادارة عن بيان الأسباب ولم يكن ثابتا بالأوراق أن انتهاء خدمة المدعى كان بسبب من الأسباب الموجبة لانتهاء الخدمة كان القرار غير قائم على سبب يبرره،^(٢) .

وخلاصة القول أن رفض الادارة ايداع المستندات المطلوبة أو الادعاء بفقدانها يسوغ للقاضى الادارى التسليم بطلبات المدعى متى أستشف من الوقائع والملاحظات والقرائن وظروف الأحوال صحة ما يدعيه فضلا عن استشفافه عن الادارة ومحاولة تخلصها من المسؤولية مما يعتبره القاضى سببا للوقوف الى جانب المدعى . ويمكن استلزام هذا المبدأ وتطبيقه على منازعات العقود الادارية .

أهم الوسائل الجوهرية فى الاثبات أمام القضاء الادارى الفرنسى والمصرى

نتناول ذلك فيما يلى :

(أولا) : طلب الزام الخصم بتقديم مستند تحت يده فى المنازعات الادارية :

طبقا للمادة العشرين من قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ يجوز للخصم فى حالات معينة أن يطلب الزام خصمه بتقديم أى محرر منتج فى الدعوى يكون تحت يده ، وقد نصت المادة المذكورة على حالات ثلاثة يجوز فيما ذلك .

واذا ما انتقلنا الى الوضع فى المنازعات الادارية نجد أنه فى ظل القواعد العامة للاثبات فإنه لا يجوز لطرف فى الدعوى أن يصطنع لنفسه دليلا ، كما أنه لا يجوز اجبار طرفا فيها على تقديم دليل ضد نفسه يفيد خصمه ، وذلك فيما عدا بعض الاستثناءات المعينة .

وتتفق هذه الأحكام الى حد كبير مع الوضع القائم بالقضاء الادارى ، ولا تتعارض مع طبيعة الدعوى الادارية ، ومن ثم فإنه يمكن الالتجاء اليها

(١) حكم محكمة القضاء الادارى ٧ نوفمبر ١٩٥٤ - ص ٩ ق - ص ١ .

(٢) الحكم الصادر فى الدعوى رقم ٥٠٥ لسنة ٢٦ ق فى ٢٨ نوفمبر ١٩٧٣ لم ينشر بعد ومشار

اليه بمرجع للدكتور أحمد كمال الدين موسى للمرجع السابق - ص ٣٠٧ .

أمام هيئة المفوضيين عند تحضير الدعوى أو أمام المحكمة عند إحالتها إليها وذلك بجانب سلطة التكليف الإدارى بإيداع المستندات .

وجدير بالذكر أنه إذا كانت سلطة التكليف بتقديم المستندات تعتبر من وسائل الإثبات الممنوعة للقاضى الإدارى ووثيقة الصلة بدوره الاجرائى فإن طلب الزام الخصم بتقديم مستند تحت يده يعتبر من الأحكام الاجرائية فى الإثبات فى المواد المدنية والتجارية ، ويستعان بها أحيانا أمام القضاء الإدارى على الوجه الوارد بقانون الإثبات ، ولما استقر عليه قضاء النقض بما لا يتعارض مع طبيعة الدعوى الإدارية^(١) .

وجدير بالملاحظة أن سلطة التكليف بالمستندات تعتبر سلطة تقديرية للقاضى الإدارى يباشرها من تلقاء نفسه ، أو بناء على طلب أحد الخصوم ، ومن حيث الأصل العام فله الاستجابة الى من يطلب ذلك ، كما له أن يرفض الطلب فى ضوء ظروف الدعوى وطبقا لما يستظهره المفوض من الملف المتعلق بها ، كما لا تلزم المحكمة بالاستجابة الى الطلب ، حيث يمكن رفضه باعتباره من اجراءات الإثبات ، أما اذا استجابت الى الطلب فإنه يتعين ترتيب آثاره القانونية حيث تنص المادة ٢٣ من قانون الإثبات فى فقرتها الأولى على أنه : اذا أثبت الطالب وأقر الخصم بأن المحرر فى حيازته أو سكت أمرت المحكمة بتقديم المحرر فى الحال أو فى أقرب وقت تحدده .

وفى ضوء المادة الرابعة والعشرين من نفس القانون ، فإنه لا خيار للقاضى الإدارى فى تقدير الآثار المترتبة على هذا الطلب بعد استجابته اليه ، اذ يتعين الاعتداد بما يقرره القانون من أحكام تبعا لذلك .

وبالرغم من ندرة الحالات التى يطلب الخصم فيها الزام خصمه بتقديم مستند ، فهناك بعض الحالات التى أثبتت أمام القضاء الإدارى بشأنها فيما يتعلق بمستندات العقد الإدارى وبالقرارات المتصلة به بالتظلمات الادارية ، وطلبات ضم مدد الخدمة السابقة فى الأقدمية ، وغيرها من الطلبات التى تتطلب القواعد القانونية تقديمها للإدارة فى مواعيد معينة ، ويطالب اصحاب الشأن فى هذه الحالات الزام الطرف الآخر بتقديم أصل المستند ، ويدعمون طلبهم بتقديم

(١) ومن قبيل المبادئ التى قررتها محكمة النقض والتى يمكن الأخذ بها فى المنازعات الإدارية : أن لقاضى الموضوع سلطة تقدير كفاية الدلة .

(نقض مدنى فى ١١/١٢ ١٩٦٤ - مجموعة النقض - ١٥ - ١٩٤٥) .

مشار اليه بمرجع الدكتور فتحى والى - مرجع سابق - هامش ص ٥٧٧ .

صور ضوئية أو خطية أو ايصالات من البريد تدل على إثبات دعواهم ضد جهة الادارة وبهذه المناسبة ، فقد قضت محكمة القضاء الادارى بأن امتناع الادارة عن تقديم ورقة قاطعة فى الدعوى أرشد عنها الخصم يؤدي الى القول بتسليمها بصحة مقررته صاحب الشأن من وقائع^(١).

ومن التطبيقات القضائية الهامة الحكم الصادر من محكمة القضاء الادارى فى ٩ مايو ١٩٦٠ - السنة ١٤ ق ص ٢٩٩ - وقد جاء فى الحكم مايلى :

« ولما كان المدعى جريا وراء تحقيق مصلحته بضم مدة خدمته السابقة قد سعى الى مختلف الملفات التى يمكنه الاستدلال منها على وجود الطلب المقدم منه بضم مدة خدمته السابقة ، وجد بدفتر الارشيف المعمول به ما يدل على تقديمه طلب الضم فى الميعاد القانونى ، وقد امتنعت الادارة عن ايداع الملفات المذكورة رغم مضى حوالى خمسة عشرة جلسة تحضير لهذا الخصوص وتوقيع الغرامة القانونية على الوزارة ، ومن ثم فانه يبين من الظروف والملابسات المحيطة بالدعوى وأخذا بنص المادة ٢٥٧ من قانون المرافعات أن الطالب قد تقدم بطلب لضم مدة خدمته السابقة .

★ ويمكن الاسترشاد بهذه القاعدة فى حالة طلب ضم مستندات العقد الادارى .

ثانيا : الأمر باجراء بعض التحقيقات الادارية :

قد يحدث فى بعض التطبيقات العملية أن يكون من المستحيل أو المتعذر ماديا ايداع بعض المستندات أو الوثائق ملف الدعوى . لذلك يجوز أن ينتقل القاضى الادارى بنفسه الى المكان الموجودة به هذه الأوراق للتحقق منها والاطلاع على ما يهمه من بياناتها بخصوص الدعوى المعروضة ، وينهج النظام الفرنسى هذا النهج وتجربى عائلته فى هذا الشأن على تفويض القسم الفرعى للتحضير أو رئيس المحكمة الادارية «المقرر المختص» للانتقال والاطلاع على المستند المطلوب التحقيق فى بيانه ، وغالبا ما يحدث ذلك فى الحالات التى يلزم فيها الاطلاع على نصوص النسخة الأصلية للقوانين أو المراسيم أو القرارات التنظيمية العامة أو التحقق من توقيعها عند المنازعة فى ذلك ، أو الاطلاع على أصل الأحكام القضائية^(٢) .

(١) يراجع فى هذا الشأن مرجع الدكتور/ أحمد كمال الدين موسى مرجع سابق - ص ٣٠٩ ومابعدها .

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسى فى ١١ فبراير ١٩٧٠ - المجموعة ص ١٠١ .
وفى هذه الدعوى قام المقرر بالتحقق من أصل القرارات الخاصة بالقسم التأديبى للمجلس الوطنى لنقابة الأطباء .

وفى النظام المصرى تندر الحالات التى ينتقل فيها القاضى للاطلاع على
المستندات .

. وهناك وسيلة أخرى أكثر ايجابية وأيسر استعمالا من الناحية العملية وهى التى
تتمثل فى الأمر بالتحقيق الإدارى بالنسبة لواقعة معينة يراد التحقق من ثبوتها ،
والتحقيق الإدارى هنا يشبه الخبرة ، ولكنه يتم فى غير حضور الخصوم ، ويحدد
القرار الذى يأمر بالتحقيق ، الواقعة المطلوب التحقق منها ويتم اختيار المحقق بمعرفة
جهة الإدارة ذاتها ويلتزم المحقق فى نهاية التحقيق بإيداع تقرير بنتيجته يرفق بملف
الدعوى ويخطر الأطراف المعنيين للاطلاع عليه ، وقد اتبعت هذه الطريقة فى النظام
الفرنسى .

ويلاحظ أن القاضى يقرر هذه الوسيلة إما بقرار بسيط أو بحكم سابق على الفصل
فى الدعوى .

وجدير بالذكر أن هذه الوسيلة أصبحت الآن محل نقد كبير على سند من أنها لا
تقدم الضمانات الأساسية للمتقاضين وتتناقض تناقضا جوهريا مع الصفة الحضرية
للإجراءات الإدارية ، كما أنها تتعارض مع حسن سير العدالة حيث يعهد إلى الإدارة
نفسها بإجراء هذه التحقيقات ، وبذلك تصبح الإدارة خصما وحكما فى دعوى قد تكون
الإدارة فيها هى المدعى عليها .

الأخذ بوسائل أو طرق تحقيق الدعوى

Les moyens vérification

لم تنظم نصوص قوانين مجلس الدولة المصرى المتعاقبة وسائل التحقيق
المختلفة ، وإن كانت هذه القوانين قد أشارت إلى إمكان الالتجاء إليها فى سبيل استيفاء
الدعوى بصفة عامة . وذلك دون بيان أو تنظيم تفصيلى لذلك ، وقد جرى العمل على
الاستعانة بوسائل التحقيق المختلفة التى نظمها قانون المرافعات ، ومن بعده قانون
الاثبات وبالإستهداء بإجراءاته المرسومة بالقدر الذى يتفق ويتلاءم مع طبيعة
وأجراءات الدعوى الإدارية .

ومن الأمثلة العملية على ذلك حكم محكمة القضاء الإدارى والذى جاء به :
أنه ليس فى النصوص القانونية ما يتناقض مع وجوب اتباع الإجراءات

المنصوص عليها في قانون المرافعات فيما يتعلق بتحقيق الطعون الانتخابية من سماع شهادة الشهود ونسب خبير أو غير ذلك من طرق التحقيق المتعددة،^(١) .

وطبقا لقانون الاثبات يجب أن تتوافر أربعة شروط جوهرية لتكون الاحالة الى التحقيق جائزة وهي :

(١) أن تكون الوقائع المراد اثباتها متعلقة بالدعوى ومتنازعا فيها ، وكون الوقائع متعلقة بالدعوى هو شرط عام بالنسبة لكل طرق الاثبات ، وقد نصت عليه صراحة المادة الثانية من قانون الاثبات التي وردت ضمن الأحكام العامة في اجراءات الاثبات .

(٢) أن يكون اثبات الواقعة منتجا أي مؤيدا لاثبات المزاعم أو الدفاع وهو شرط عام ينظم كل طلب باجراء الاثبات .

(٣) أن يكون القانون يجيز اثبات هذه الوقائع بشهادة الشهود ، ويرجع في ذلك الى احكام قانون الاثبات أو غيره من القوانين الوضعية .

(٤) ألا ترى المحكمة انتفاء الداعي الى التحقيق ، لأن بالدعوى من الأدلة الأخرى ما يكفي لاطمئنانها في عقيدتها ووجدانها بالأمر المراد تحقيقه ، فللمحكمة أن ترفض طلب الاثبات بالشهادة ولو كانت الوقائع مما يجوز اثباتها بالشهادة وكانت متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها ، اذا لم تكن هناك فائدة ترجى من الشهادة اذا ما استبان ذلك من الأدلة الأخرى المقدمة في الدعوى ، ويستفاد ذلك بمفهوم المخالفة من نص المادة ٧٠١، من قانون الاثبات والتي تنص على أن «للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بالاثبات بشهادة الشهود في الأحوال التي يجيز القانون فيها الاثبات بشهادة الشهود متى رأت في ذلك فائدة للحقيقة ...» .

فاذا لم تتوافر هذه الشروط الأربعة قضت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم الآخر برفض الاثبات بالشهادة^(٢) .

(١) حكم محكمة القضاء الاداري في ٢٩ ديسمبر ١٩٤٧ - من ١ ق ص ١٧٥ ، ويلاحظ أن المحكمة سارت على هذا المنوال في مناسبات متعددة . وقد تأييت هذه القاعدة من قبل المحكمة الادارية العليا ، مثال ذلك حكمها في ٢٣ يناير سنة ١٩٦٥ - س ١٠ - ص ٤٦٣ .

(٢) المستشار عز الدين الدناصورى والاستاذ حامد عكار - التعليق على قانون الاثبات - مرجع سابق ص ٢٩٢ ومابعدها .

وقد سارت أحكام النقض على هذا الدرب حيث قضت بأنه «لا على المحكمة إذا هي لم تستجب الى طلب الاحالة على التحقيق اذا ما استبان أن الطلب غير منتج وأن لديها من الاعتبارات ما يكفى للفصل فى الدعوى...»^(١) .

وجدير بالذكر أن هذه المبادئ الجوهرية فى التحقيق يمكن الأخذ بها أمام أجهزة القضاء الادارى ، مع الإشارة الى أن وسائل التحقيق ذات أثر بعيد بالنسبة لإقامة الدليل لتنظيم عبء الإثبات ، إذ أن قيام القاضى الادارى من تلقاء نفسه بالأمر بوسيلة التحقيق يؤدى الى توفير عناصر وأدلة الإثبات ، كما يؤدى الى إتاحة الفرصة لكل طرف من أطراف الخصومة أن يدلل بشهوده على صدق ما يدعيه .

ومن أهم ما يمكن الإشارة اليه أن وسائل التحقيق أمام القاضى الادارى تتسع للاستعانة بالخبرة، و«المعاينة»، و«الشهادة»، و«الاستجواب»، وذلك طبقا لما هو قائم فى النظام الفرنسى .

أما فى النظام المصرى فقد أشارت قوانين مجلس الدولة المتعاقبة الى سلطة القاضى الادارى فى اتخاذ وسائل التحقيق المناسبة^(٢) دون بيان هذه الوسائل تفصيلا أو تنظيم أحكامها ، ومن ثم فإن الخبرة تعتبر ضمن وسائل التحقيق التى أجازت هذه القوانين الالتجاء اليها ، وقد جرى المجلس على الاستعانة بالخبرة سواء بمعرفة خبير واحد أو أكثر لاستيفاء بعض البيانات الفنية للفصل فى الدعوى فى مجال الخبرة المختلفة سواء تعلقت بخبرة طبية ، أو هندسية ، أو حسابية أو غير ذلك ، مع الالتزام بمراعاة الاجراءات المتصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية ، وما جاء بعد ذلك بقانون الإثبات ، وذلك بما يتفق ويتلاءم مع طبيعة القضاء الادارى وطبيعة المنازعة الادارية والاجراءات المتبعة بشأنها .

ونعرض فيما يلى وسائل التحقيق المتبعة فى النظام المصرى وهى :

(١) الخبرة	Expertise
(٢) المعاينة	la visite de lieux
(٣) الشهادة	L'enquete
(٤) الاستجواب	L'interrogatoire

(١) حكم النقض فى ٥٦/١٠/٢٥ - مجموعة المكتب الفنى - ص ٨٩٧ - ص ٨٤٧ .

(٢) المادة ٢٧ والمادة ٣٢ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ .

(١) الخبرة Expertise

لجأت محكمة القضاء الإدارى الى الخبرة فى المسائل الفنية المتعلقة بالو
واعتربت رأى الخبير فى جميع الأحوال رأيا استشاريا غير ملزم ، وهو نفس الأه
الواقع أمام المحاكم العادية .

وقد أوضحت المحكمة الإدارية العليا صراحة أن الخبرة هى طريق من طرق
التحقيق يتخذ فى الدور الابتدائى كما يتخذ فى الدور النهائى منه .

ومفاد ما تقدم أن مجلس الدولة المصرى يسلم بالخبرة باعتبارها من وسائل التحقيق
كوسيلة من وسائل استيفاء الدعوى ، وذلك بمقتضى حكم سابق على الفصل فى
الموضوع تقدر المحكمة ملامته ، وتكون الخبرة فى خصوص مسألة ذات طابع فنى
ترى المحكمة الوقوف على رأى الخبير فى شأنه وللمحكمة الحق فى مناقشة الخبير
فى تقريره ومواجهته بأى خبير آخر وتكليف أى منهما بإبداء تقرير تكملى
لاستيضاح بعض الجوانب الفنية .

وجدير بالذكر أنه طبقا للقواعد العامة المعمول بها أمام القضاء العادى أو القضاء
الإدارى فإن تقرير الخبير لا يخرج عن كونه تقريراً استشارياً لا يقيد المحكمة وذلك
وفقاً لما تقتضى به المادة (١٥٦) من قانون الإثبات والتي تنص على أن «رأى الخبير
لا يقيد المحكمة وهذه المادة تطابق المادة (٢٤٦) من قانون المرافعات القديم .

ومقتضى ذلك أن المحكمة لا تتقيد فى حكمها برأى الخبير إذ لا تلزم بأن تأخذ
به ، بل ولها مطلق التقدير فى هذه الحالة . ولها أن تقضى بالرأى المعارض لما أبداه
الخبير إذا تبين لها أن الحق فى جانب الرأى المعارض أو أن استنتاجات الخبير
غير صحيحة . أو غير مطابقة للواقع . أو مناقضة للمستندات المقدمة من الخصوم ،
وحقها فى هذا ثابت لها لا سيما إذا كانت المسألة من المسائل التى تستطيع المحكمة
استيعابها معتمدة على معارفها الخاصة ، وذلك لأن تقارير الخبراء ، لا تلزم المحكمة
وإنما يقصد بها تمكينها من التوصل الى معرفة الحقيقة .

وفى ذلك نقول محكمة النقض : «رأى الخبير لا يقيد المحكمة ، حسبها أن تقيم
قضائها على أسباب كافية لحمله^(١) ولا يختلف موقف القضاء الإدارى عن
القضاء العادى فى الأخذ بهذه القاعدة الأصولية فى الإثبات العادى أو الإدارى .

(١) محكمة النقض ١٩٧٣/٣/٢ - سنة ٢٤ ق - ص ٣٧٢ ومابعدها .

(٢) المعاينة la visite de lieux

وتعتبر المعاينة وسيلة أخرى من وسائل التحقيق التى تعتمد على الواقع الموجود فعلا ، فهى وسيلة موضوعية للتحقيق ، لا تعتمد على عناصر شخصية وتستهدف حصول القاضى بنفسه على معلومات تتعلق بوقائع متنازع عليها فى مكان معين .

وللقاضى الإدارى اللجوء فى سبيل استيفاء الدعوى الى المعاينة باعتبارها من اجراءات التحقيق التى أشار اليها بصفة عامة قانون مجلس الدولة المصرى رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ فى المادة (٢٧) ، غير أن القانون لم يحدد بيانها تفصيلا ، كما لم يحدد الاجراءات الخاصة بها ، ولذلك فلن القاضى الإدارى يطبق بشأنها الأحكام العامة الواردة فى قانون الاثبات ، وقد استقرت محكمة القضاء الإدارى على ذلك .

وتتم المعاينة بمعرفة المحكمة بكامل هيئتها أو بمعرفة أحد أعضائها أو بمعرفة المفوض نفسه ، وذلك للتحقق من بعض الوقائع المادية المتنازع عليها مثل إثبات الحالة ويحرر بشأنها محضرا يودع بملف الدعوى .

وغالبا ماتتبع هذه الوسيلة فى عقود الاشغال العامة .

ومن التطبيقات العملية على ذلك حكم محكمة القضاء الإدارى فى ٢١ مارس ١٩٥٧ حيث تقول :

« أن دعوى اثبات الحالة ليست أكثر من اجراء من الاجراءات التحفظية التى تتم على نفقة رافع الدعوى وتوفر للطرفين المتنازعين حلا سريعا مؤقتا يمهد للفصل فى موضوع الحق » وتهدف الى اثبات حالة معينة إذا لم تثبت مباشرة استحالة بعد ذلك استتباط الدليل منها ، فإذا مارفعت الدعوى الموضوعية بعد ذلك أمكن الاستناد الى ما انتهت اليه دعوى اثبات الحالة ، وقد يكون الحق المطلوب المحافظة عليه بدعوى اثبات الحالة قائما فعلا ، كما قد يكون حقا محتملا ما دام لصاحبه مصلحة فى اثباته ، وهى مصلحة يقرها القانون ، ولو كانت مصلحة محتملة ما دام الغرض من اثبات هذا الحق هو رفع ضرر محقق يتعذر تلافيه مستقبلا ، أو الاستيساق بحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه اذا ترك وشأنه ، أو تأكيد معالم اذا طالبت مدتها أو قصرت قد تتغير مع الزمن كل أو بعض آثارها . ولا شك أن هذا الحكم يعتبر حكما جامعا مانعا لاسباب ودوافع دعوى اثبات الحالة .

(٣) الشهادة «L'enquete»

وإذا ما انتقلنا الى الشهادة كوسيلة من وسائل التحقيق التى يمكن للقاضى الإدارى الاستعانة بها ، لدخولها ضمن اجراءات التحقيق التى أشارت اليها نصوص المواد ٢٧ ، ٢٢ ، ٣٦ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ، فإن القاضى الإدارى يلجأ اليها فى سبيل مباشرة الشهادة وذلك وفقا للاجراءات والأحكام التى أوردها قانون الاثبات فى المادة (٦٠) وما بعدها باعتبارها قواعد عامة بالقدر الذى يتفق مع طبيعة الدعوى الإدارية ، وجدير بالملاحظة أن حالات الاستعانة بالشهادة شائعة ويمكن الاستعانة بها وعلى وجه الخصوص فى اثبات دعاوى اساءة استعمال السلطة أو الانحراف فى استعمالها ، وفى منازعات التعويض ، والعقود الإدارية ، ولكن لا محل للالتجاء اليها فى دعاوى التسويات لتعلقها بمراكز قانونية تنبثق أحكامها من القوانين المنظمة للتسويات .

ومن أهم ما يمكن التنبيه اليه وجود بعض النصوص الواردة بقانون الاثبات لا محل لأعمالها أمام القضاء الإدارى مثل نص المادة (٩٦) التى تجيز لمن يخشى فوات فرصة الاستشهاد بشاهد على موضوع لم يعرض بعد أمام القضاء ويحتمل عرضه عليه ، أن يطلب فى مواجهة ذوى الشأن سماع ذلك الشاهد ، لأن ذلك يتعارض مع مبدأ استقلال الإدارة العاملة فى مواجهة القضاء الإدارى ، وما يترتب على هذا من عدم جواز إجبارها على المثل أمام القاضى لسماع أقوال شاهد قد يضر بمركزها ، فضلا عن أن الفرد أن يلجأ بالشكوى الى الإدارة نفسها بدلا من هذا الاجراء ، ويبدى أن الالتجاء الى الإدارة يؤدى الى اجراءات إدارية تكون محل اثبات وتدوين بالملفات ، وتصبح محلا للاعتبار اذا ما عرض الأمر على القاضى الإدارى الذى يقدر مسلك الإدارة وموقفها^(١) .

★ ★ ★

(٤) الاستجواب «L'interrogatoire»

كذلك يعتبر الاستجواب وسيلة هامة من وسائل التحقيق .
فالاستجواب أو بمعنى آخر المواجهة الشخصية للاطراف طريق من طرق تحقيق

(١) دكتور/ أحمد كمال الدين موسى - المرجع السابق - ص ٢٧٩ .

الدعوى بصفة عامة ، ويتمثل فى التجاء أحد الخصوم أو المحكمة الى سؤال الخصم الآخر عن وقائع معينة يرى أنها توصله الى الحصول على اقرار منه .

والاستجواب يفيد القاضى فى الحصول على بعض الحقائق من خلال مناقشة الخصوم بطريق مباشر ، كما يساعده فى استخلاص بعض القرائن ، كما يمكن أن يودى الى اقرار قضائى من أحد الخصوم لصالح الخصم الآخر ، وجدير بالملاحظة أن الاستجواب لا يصح توجيهه الا للخصوم فى الدعوى ، أما غيرهم فلا تسمع أقواله الا فى صورة الشهادة أو الخبرة ، وللقاضى أن يستجوب من يكون حاضرا من الخصوم ، وله أن يستدعيهم للاستجواب سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الخصوم وذلك فى نطاق سلطته التقديرية^(١) .

ومما تجدر الإشارة اليه أن الاستجواب فى النطاق الادارى ليست له نفس الأهمية التى تتحقق أمام القضاء العادى ، لأنه كما سبق القول فإن المرافعات الادارية تتصف بالصفة الاستيفائية ، والاجرائية ، كما تستند الحقوق والالتزامات فى القانون الادارى أساسا الى قرارات ومستندات تتفق مع القواعد التى تنظمها أحكام القواعد الادارية ، وأحكام القانون العام .

ولذلك فإن المواجهة الشخصية غير معمول بها فى ظل القضاء الادارى الفرنسى شأنه فى ذلك شأن اليمين الحاسمة ، لأن مجلس الدولة الفرنسى يعمل على تجنب طريق الاستجواب حتى لا يصطدم بخلاف مع الادارة العامة ، واعمالا لمبدأ الفصل بين السلطات .

أما الوضع فى النظام المصرى فيرجع فيه الى نص المادة ٢٢ من قانون المجلس رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ، وتنص على سلطة المحكمة أو من تنوبه من أعضائها أو المفوضين فى اجراء التحقيق المناسب ويدخل فى مفهوم ذلك اجراء الاستجواب للخصوم اذا اقتضت حالة الملف اتخاذ هذا الاجراء .

وقضت المادة ٢٧ من القانون سالف الذكر صراحة بأنه :

« يحق لمفوض الدولة أمام محكمة القضاء الادارى والمحاكم الادارية - فى سبيل تهيئة الدعوى الاتصال بالجهات الحكومية ذات الشأن للحصول على ما يكون لازما

(١) دكتور/ فتحى والى ، الوسيط فى قانون القضاء المدنى - مرجع سابق - ص ٦١٢ ومابعدها .

من بيانات وأوراق ، وأن يأمر باستدعاء ذوى الشأن لسؤالهم عن الوقائع التى يرى لزوم تحقيقها .

كذلك أجازت المادة ٣٦٠ ، للمحكمة التأديبية استجواب العامل المقدم للمحاكمة وسماع الشهود من العاملين وغيرهم .

ويلاحظ أن هناك رأيان مختلفان فيما يتعلق باستجواب رجال الإدارة ، فرأى لايجز استدعاء رجالها أو سؤالهم عن وقائع الدعوى ، اذ يقتصر الأمر على الحصول كتابة منهم على البيانات المطلوبة ، ويقوم هذا رأى على أن المادة ٢٧٠ من قانون المجلس ترمى الى استجواب ذوى الشأن من الأفراد دون الإدارة ، أما رأى الآخر فيجيز استدعاء ذوى الشأن لسؤالهم عن بعض الوقائع ، ويفسرون لفظ «ذوى الشأن» على أنه من العموم والشمول بحيث يندرج فى مثوله رجال الإدارة ممن هم أطراف فى الدعوى وغيرهم من الأفراد ، فلا يجوز وضع قيد على النص طالما هو واضح وصريح^(١) .

ونحن نؤيد رأى الأخير وذلك على سند من أن نص المادة ٢٧٠ سالف الذكر تنص على مايلى :

« تتولى هيئة مفوضى الدولة تحضير الدعوى وتبنيها للمرافعة . ولمفوض الدولة الاتصال بالجهات الحكومية ذات الشأن للحصول على ما يكون لازماً لتهيئة الدعوى من بيانات وأوراق ، ولمفوض أن يأمر باستدعاء ذوى الشأن لسؤالهم عن الوقائع التى يرى لزومها للتحقيق أو دخول شخص ثالث فى الدعوى أو بتكليف ذوى الشأن بتقديم مذكرات أو مستندات تكميلية ، وغير ذلك من اجراءات التحقيق فى الأجل الذى يحدده لذلك » .

ويبين من النص السابق أنه نص مطلق وواضح ولأننا اذا رجعنا الى قواعد التفسير التى أقرتها محكمة النقض المصرية فى الدعوى رقم ٤٦٤ لسنة ٤٧ ق نجدها تقول :

« متى كان نص القانون صريحا قاطعا فى الدلالة على المواد منه فلا محل للخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بهدف التشريع ويقصد المشرع منه ، لأن البحث فى ذلك انما يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه » .

(١) الدكتور/ مصطفى كمال وصنى : «أصول اجراءات القضاء الادارى» الكتاب الأول -
التداعى - ١٩٦١ - ص ٣٦٨ .

ونضيف الى حجتنا السابقة حجة أخرى نستقيها من التطبيقات العملية للمجلس اذ جرى العمل به على قيام المفوض أو المحكمة باستدعاء نوى الشأن من رجال الادارة واستجوابهم فى شأن بعض الوقائع التى تتصل بجوانب النشاط الادارى وظروف اصدار القرار المطعون فيه ، وكيفية تطبيق القواعد القانونية التى تستند اليها الدعوى ، ويأخذ الاستجواب شكل نقاش يستهدف التوصل الى الحقيقة من خلال توضيح الأسلوب والملابسات المتصلة بموضوع المناقشة ، ومن أمثلة ذلك حكم محكمة القضاء الادارى فى شأن الطعن فى قرار ترقية استدعت ظروف الدعوى التحقق من طبيعة الدرجات الشخصية التى صدر القرار المطعون فيه بالترقية اليها^(١) . ويمكن الإستهداء بهذا المبدأ فى منازعات العقود الادارية .

ومما تجدر الاشارة اليه أن الاستجواب يمكن أن يتناول موضوع الاقرار واليمين حيث يمكن صدورهما أثنائه ، ونفصل ذلك فيما يلى :

(أ) الاقرار

الاقرار بصفة عامة هو اعتراف الشخص بحق عليه لآخر باعتبار أن هذا الحق ثابتا فى نعمته واعفاء الآخر من اثباته ، ومن خصائصه أنه عمل قانونى اخبارى يصدر من جانب واحد ، ويعتبر بمثابة عمل من أعمال التصرف ويترتب على ذلك أنه ذو حجية قاصرة ، فهو عمل قانونى لأنه اتجاه الارادة نحو احداث أثر قانونى هو ثبوت حق فى نعمة المقر ، واعفاء المقر له من اثبات هذا الحق ، ويشترط فى الاقرار ما يشترط فى الأحكام القانونية من وجود للارادة ، ومحل تنعقد عليه اذ يجب بادية ذى بدء أن تتجه ارادة المقر نحو اعتبار الحق المقر به ثابتا فى نعمته وتمكين خصمه من التمسك بهذا الاقرار ، ولذلك فلا يعتبر من قبيل الاقرار الملزم ما يرد على لسان الشخص تأييدا لادعاءته من الأقوال التى فيها مصلحة لخصمه ، مادام لم يقصد من الادلاء بهذه الأقوال أن يتخذها خصمه دليل عليه ، كذلك يجب أن تكون ارادة المقر معبرا عنها ، والتعبير اما أن يكون صريحا ولا يشترط فيه لفظ معين ، واما أن يكون ضمنيا وهو الذى يأخذ استنتاجا ، ويرى بعض الشراح أنه قد يستفاد للتعبير الضمنى من مجرد السكوت ، كما اذا ادعى على شخص بواقعتين فأنكر احدهما صراحة وسكت عن الأخرى ، الا أنه لا ينبغى الأخذ بالاقرار الضمنى الا اذا قام عليه دليل يقينى اذا نكل الخصم عن يمين وجهت اليه دون أن يردها على خصمه أو نكل عنها بعد أن ربت اليه (مادة ١١٨ «اثبات»).

وقد عرفت المادة (١٠٣) من قانون الاثبات الاقرار بأنه اعتراف الخصم أمام

(١) محكمة القضاء الادارى فى ١٩ أبريل سنة ١٩٥٠ - لائحة القضاية - ص ٦٢٢ .

القضاء بواقعة قانونية مدعى بها وذلك أثناء سير الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة .

أما إذا انتقلنا الى الأقرار في ظل نظام القضاء الإداري فأننا نجد أن مفهومه بصفة عامة لا يختلف عن مفهومه أمام القضاء العادي ، مع ملاحظة الملاءمة بين ما تقتضيه ظروف وملابسات الدعوى الإدارية واختلاف طبيعتها عن الدعوى أمام المحاكم العادية ، فضلا عن خضوع الدعوى الإدارية لأحكام القانون العام .

وبصفة عامة ففي نطاق المنازعات الإدارية قد يقدم الأقرار من نوى الشأن شفاهة في الجلسة ويثبت في المحضر وتعمل المحكمة أثره القانوني ، وقد يقدم كتابة في المذكرات أو المستندات المودعة بالملف ، وهذا هو الأمر الغالب كنتيجة للصفة الكتابية التي تتصف بها المرافعات الإدارية ، بل وقد يستخلص الأقرار من نتيجة استجواب نوى الشأن ومناقشتهم ، حيث قد يصدر منهم القرار بوقائع معينة تفيد في الإثبات .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة القضاء الإداري بأنه : «إذا قضت الحكومة أقرارا قالت أنه صادر من المدعية وفيه تنازل صريح عن مصاريف الدعوى ، ولم ينكر الحاضر عن المدعية التوقيع منها ، وإنما يطلب عدم التعويل عليه ... فلهذا ترى المحكمة أعمال نص هذا الأقرار وأخذ المدعية به»^(١) .

كما قضت المحكمة بأنه : «يعتد بأقرار الحكومة ، بعد انكارها تقديم تظلم من المدعية ، وذلك إثبات يفيد تقديم هذا التظلم»^(٢) .

وتبدو أهمية الأقرار أمام القضاء الإداري في تطبيقات متعددة وعلى وجه الخصوص في حالات إثبات الانحراف في استعمال السلطة ، وحالات العلم اليقيني بالقرار الإداري ، وذلك نظرا لأن هذه المنازعات تستند الى الإثبات العادي الذي يقوم على الأدلة الشخصية التي تحتاج الى أقرار من شخص الموظف أو من الغير .

ويلاحظ أن قوة الأقرار أمام القاضي الإداري تدخل في نطاق سلطته التقديرية ، فقد يأخذ به ، وقد يطرحه جانبا إذا اقتضى ذلك انزال حكم القانون

(١) محكمة القضاء الإداري في ٩ يناير ١٩٥١ - السنة الخامسة القضائية - ص ٤٠٧ .

(٢) محكمة القضاء الإداري في ٥ يناير ١٩٤٥ - ٣ ق - ص ٢٢٩ .

على الوجه الصحيح فى المنازعة المطروحة ، وذلك نظرا لما سبق أن بيناه من أن الدعوى الادارية تخضع لأحكام القانون العام فى كثير من جوانبها .

(ب) اليمين

اليمين بصفة عامة يقصد بها اليمين الحاسمة وهى يمين يوجهها الخصم الى خصمه عندما يعوزه الدليل وهى ليست دليل يقدمه المدعى على صحة دعواه بل هى طريقة احتياطية لا تخلو من مجازفة يلجأ اليها المدعى عندما يعوزه كل دليل آخر على صحة الدعوى ، والذي يوجه اليمين الحاسمة هو أى من الخصمين الذى يكون عليه عبء اثبات واقعة قانونية . فيمكنه أن يوجه اليمين الى خصمه فيما يجب عليه هو أن يثبته ، ولما كان توجيه اليمين تصرفا قانونيا فانه يشترط فيه أن يكون خاليا من عيوب الارادة ، أى غير مشوب بغلط أو تدليس أو اكراه^(١) فاليمين لا تخرج عن كونها اعلانا يؤكد بها الخصم حقيقة واقعة معينة متخذاً من الله سبحانه وتعالى شاهدا على صدق تأكيده لها .

وقد جاء ذكر اليمين بالمادة ١١٤ ، من قانون الاثبات حيث تقول :-

يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة الى الخصم الآخر ، على أنه يجوز للقاضى أن يمنع توجيه اليمين اذا كان الخصم متعسفا فى توجيهها .
ولمن وجهت اليه اليمين أن يردّها على خصمه ، على أنه لا يجوز الرد اذا انصبت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمين ، بل يستقل بها شخص من وجهت اليه اليمين .

« ويجوز طلب توجيه اليمين فى أية حالة كانت عليها القضية ولو فى الاستئناف » ، (مادة - ١١٥ - اثبات فقره أخيره) .

وقد بينت محكمة النقض المصرية شروط اليمين الحاسمة وسلطة المحكمة فى توجيهها بقولها : « أن اليمين الحاسمة ملك للخصوم لا للقاضى وأن على القاضى أن يجيب طلب توجيهها متى توافرت شروطها الا اذا بان له أن طالبها يتعسف فى هذا الطلب ، ومحكمة الموضوع وأن كان لها كامل السلطة فى استخلاص كيدية اليمين ، فانه يتعين عليها أن تقيم استخلاصها على اعتبارات

(١) الاستاذان/ عز الدين الدناصورى وحامد عكار - المرجع السابق - ص ٥٦٤ - ٥٦٦ .

من شأنها أن تؤدي إليه ، فإذا أقامت المحكمة حكمها بكيدية اليمين على مجرد أن الوقائع المراد اثباتها منتفية بمحررات صادرة من طالب توجيه اليمين فهذا منها يعتبر قصورا في التسبيب ، فإن كون الواقعة المراد اثباتها باليمين تتعارض مع الكتابة لا يفيد بذاته أن اليمين كيدية^(١).

وفي نطاق المنازعات الادارية ، فإن الجهة الادارية هي طرف دائم في الدعوى الادارية سواء كانت تتعلق بدعوى الالغاء أو التسويات المتعلقة بمنازعات الموظفين ، أو كانت متعلقة بدعوى التأديب ، أو بشأن منازعات الافراد أو بمنازعات العقود الادارية وعلى ذلك فالجهة الادارية ينوب عنها من يمثلها من الموظفين المسئولين ، فإذا وجهت اليهم اليمين فينتازعهم عاملين مختلفين أولهما : الادلاء بالحقيقة ، وثانيهما : التحرج من تكرار ذلك الأمر الذي يبرر استبعاد توجيه اليمين الحاسمة في الدعوى الادارية لتعارضها مع طبيعتها .

غير أن محكمة النقض قضت بأنه إذا كان الخصم شخصا معنويا فليس هناك ما يمنع من توجيهها الى ممثله القانوني^(٢) . وذلك على سند من أن الشخص المعنوي سواء كان شخصا معنويا عاما كشركة قطاع عام ، أو شخصا معنويا خاصا كشركة تضامن ، مثلا ، فيمثل كلا منهما شخص طبيعي .

أما بالنسبة لليمين المتممة التي يوجهها القاضى الادارى الى أحد الطرفين لاستكمال عقيدته واقتناعه فانها تعتبر من وسائل التحقيق وتتم في حضور الخصم ، ولم يرد تكرارها في النصوص المتعلقة بقانون مجلس الدولة في كل من مصر وفرنسا .

وقد أجمع الفقه على استبعاد توجيهها الى ممثل الجهة الادارية لنفس الاعتبارات سالفة الذكر ، أما بالنسبة لامكان توجيهها للفرد المتنازع مع الادارة فقد اختلف الفقه في ذلك ، فهناك رأى يقول بعدم جواز ذلك اعمالا لمبدأ المساواة بين الطرفين المتنازعين ، وهناك رأى آخر يرى أنه لا يوجد ما يمنع القاضى الادارى

(١) نقض ١٩٤٦/٥/٣٠ - مجموعة القواعد القانونية في ٢٥ سنة - الجزء الأول - ص ٨٢ - قاعدة رقم ٣٩٩ ، ونقض ١٩٦٩/٢/١٣ - سنة ٢٠ ق ٣٢٧ - ونقض في ١٩٨٠/٤/٣ طعن رقم ٧٠٣ سنة ٤٧ ق .

(٢) الطعن رقم ٥٨٣ - من ٤٨ ق - جلسة ١٩٨٢/١١/٢٩ - مشار لهذا الحكم تفصيلا بمرجع الاستاذ/ عصمت الهوارى قضاء النقض في منازعات العمل والتأمينات الاجتماعية - الجزء الخامس - من ١٠٢٥ ، ١٠٢٧ - قاعدة ٦٦٧ .

من توجيه اليمين المتممة للأفراد على سبيل الاستشارة والاستئناس بها وفقا لتقديره بالنسبة لموضوع الدعوى دون أن يترتب عليها أى أثر قانونى ملزم ، وقال بهذا رأى الأستاذ الدكتور/ أحمد كمال الدين موسى فى رسالته عن «نظرية الإثبات فى القانون الإدارى» وفى مقاله المنشور بمجلة العلوم الإدارية بعدها الثانى الصادر فى ديسمبر سنة ١٩٧٩ حيث يقول : « وإذا كان الإجماع انعقد على استبعاد اليمين الحاسمة تماما أمام القضاء الإدارى فقد اختلف رأى بالنسبة لليمين المتممة التى تعتبر من وسائل التحقيق ويقول : وأميل شخصيا الى القول بإمكان توجيه اليمين المتممة الى الأفراد وحدهم فى الدعوى الإدارية للاستشارة ومع ذلك فلا توجد تطبيقات تذكر فى هذا الشأن » (١) .

ومن وجهة نظرنا فإنه مع احترامنا وتقديرنا الكبير لفكر الأستاذ المستشار/ أحمد كمال الدين موسى فى موضوع الإثبات الإدارى ، الذى أثرى به المكتبة العربية ، الا أننا لا نرجح فكرة توجيه اليمين المتممة للأفراد دون الإدارة لأن الأخذ بذلك يخل بالتوازن بين الإدارة وخصومها ، ومن جانب آخر فلم نجد فى التطبيقات العملية لمجلس الدولة المصرى ما يأخذ بذلك ، كما أن التسليم بذلك يشجع بعض الأفراد على اللجوء الى هذه اليمين المتممة بغية التأثير على القاضى الإدارى باقتناعه بأمر قد يجانب الحقيقة ، فضلا عن ذلك فإن المنازعة الإدارية تحكمها مبادئ القانون الإدارى فالقاضى الإدارى هو الذى يدير دفة الإثبات فى الدعوى الإدارية ويقوم بدور إيجابى فيها ، ولذا فهو قادر على استلزام الحقيقة بغير الاستناد الى اليمين المتممة ، كما أن الإثبات فى الدعوى الإدارية يعتمد بالدرجة الأولى على الإثبات الكتاب الذى يعتمد أيضا على المستندات والملفات والسجلات ، والقرارات الإدارية ، ومحاضر الجلسات ، وذلك فضلا عن توصيات الأجهزة الاستشارية مما يغنيه عن اللجوء الى اليمين المتممة لعدم الإخلال بالمساواة بين الطرفين المتنازعين .

ومن هنا يتضح أنه إذا كان القاضى المدنى بوجه اليمين ليبنى عليها حكمه فى موضوع أو فى قيمة ما يحكم به ، فإن القاضى الإدارى يمكنه استلزام الحقيقة من المستندات المقدمة اليه (٢) .

(١) راجع هذا رأى فى مجلة العلوم الإدارية - السنة الحادية والعشرين - العدد الثانى - ديسمبر ١٩٧٩ - مقال للدكتور أحمد كمال الدين موسى بعنوان «دور القاضى الإدارى فى التحضير من حيث الموضوع» .

(٢) خلاصة القول أن الفقه والقضاء قد استبعدا كلا من اليمين المتممة واليمين الحاسمة بصفة -

وفضلا عن ذلك فإن أثر اليمين المتممة أقل فاعلية من اليمين الحاسمة ، فكما سبق القول يمكن للمتقاضى رد اليمين على خصمه ، وبهذا لا يكتفى من وجهة اليه اليمين الحاسمة بموقف سلبي وهو الرفض ، ولكنه يطلب ممن وجه اليه اليمين أن يحلف هو لأن الحق في رد اليمين يعتبر وسيلة لإيجاد توازن بين مركزي الطرفين بالنسبة لهذا الدليل .

أما في حالة اليمين المتممة فإن الخصم الذي يوجه اليه اليمين المتممة يكون بالخيار أما أن ينكل عنها أو أن يخلفها ، ولكن ليس له أن يردّها على خصمه^(١) .

الخلاصة :

نخلص من ذلك الى أنه اذا كان الاجماع قد اتفق على استبعاد اليمين الحاسمة أمام القضاء الإداري ، فمن باب أولى استبعاد اليمين المتممة ويكفي القاضي الإداري مآلديه من سلطات كبيرة في استيفاء الدعوى وحقه في التكليف بالمستندات .



- علامة في مجال الإثبات أمام القضاء الإداري (راجع دكتور/ مصطفى أبو زيد فهمي) - ص ٦٦٦ - مشار إليه بمؤلف للدكتور/ أحمد كمال الدين موسى نظرية الإثبات في القانون الإداري - مرجع سابق - ص ٣٩٩ .
(١) دكتور فتحي والي : الوسيط في قانون القضاء المدني - ط / ١٩٨١ - ص ٦١٩ ، ٦٢٧ .

الفصل الثانى

اثبات العقد الادارى

بعد أن أوضحنا القواعد العامة للاثبات فى المنازعات الادارية نشير الى بعض المبادئ المتعلقة باثبات العقد الادارى .

فبادئ ذى بدء نقرر أن المشرع قد أخضع اثبات بعض العقود الادارية لاجراءات شكلية معينة كما هو الوضع بالنسبة الى المناقصات العامة . غير أنه من المسلم به أن عقود الادارة يمكن أن تخضع لقاعدة التحرر من الشكليات مالم يشترط المشرع صراحة اجراء شكليا معينة فى ابرام عقد معين ، فيكفى عندئذ توافق ارادة الادارة مع ارادة المتعاقد معها لقيام الرابطة التعاقدية .

وقد كان هناك رأى فى القضاء الفرنسى يعتمد على الشكليات لتمييز العقود الادارية عما عداها من عقود الادارة ، غير أن محكمة التنازع الفرنسية استبعدت هذه الفكرة من أساسها منذ حكمها الصادر فى أول مايو سنة ١٩٢٦ .

وقد تأكد هذا الاتجاه فى أحكام مجلس الدولة المصرى حيث صدر حكم محكمة القضاء الادارى فى ٢ يونيه سنة ١٩٥٧ معبرا عن هذا الاتجاه حيث جاء بحكم المحكمة مايلى :

كما أن من العقود الادارية ما يجب - من حيث الشكل - أن يكون مكتوبا حتى يتيسر تضمينه الشروط الاستثنائية التى تميزه عن عقود القانون الخاص . على أن مسألة شكل العقد الادارى كمعيار يميزه عن العقود المدنية ، كانت مثار خلاف وجدل انتهى الرأى فيه واستقر فى الفقه والقضاء الفرنسى على أن اشتراط أن يكون العقد مكتوبا هو شرط متعلق بصحة العقد وليس خاصا بطبيعته ، وأنه اذا كانت العقود غير المكتوبة هى أصلا من عقود القانون الخاص ، الا أن العقد الادارى قد يكون هو الآخر غير مكتوب ، وفى هذه الحالة تكون الشروط الاستثنائية الغير مألوفة مضمنة فى قواعد تنظيمية أو تشريعية قائمة من حيث الأصل ، ويخضع مباشرة لنصوصها العقد عند نشأته وبعد ابرامه . وتسرى عليه هذه القواعد ، وهى التى تسبغ عليه أساسا - ومع توافر باقى الأركان - صفة العقد الادارى اعتبارا بأن الشروط الاستثنائية لا يجب حتما أن تكون شروطا رضائية يتفق

عليها الطرفان المتعاقدان وقت إبرام العقد ، بل قد يفرضها عليهما القانون سلفا ويستلزم وجودها النظام الموضوع لإدارة المرفق العام ، وكيفية المساهمة فيه أو الاشتراك في إدارته وتسييره،^(١) .

كما أنها تؤكد في حكمها الصادر في ٤ يناير سنة ١٩٥٩ (الستتان ١٢ و ١٣ ص ٦٠) أن المدعى عليه يتقدمه الى الحكومة للحصول منها على أنونات لتسلم الدقيق لصنع المكرونة ، يكون في الواقع قد قبل جميع ما نصت عليه القرارات الوزارية والأوامر الخاصة بصناعة هذا الصنف ... ويكون بذلك قد نشأ بينه وبينها عقد إداري غير مكتوب ، إذ لا يشترط في العقد الإداري أن يكون مكتوبا

وبالنسبة الى العقد الإداري غير المكتوب ، فقد أشارت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ١٨ مايو سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ص ٩٥٣) إلى مايلي :

ولئن كان العقد غير المكتوب غير مألوف في المجال الإداري بسبب جنوح الإدارة عادة إلى إثبات روابطها التعاقدية بالكتابة ، إلا أنه لا زال يؤدي دورا مكملا لبعض أنواع العقود الإدارية ، فقد تركز إليه مع بعض المتعاقدين إذا اتفقت معهم على تكملة أغراض التعاقد من ناحية من النواحي التي انصب عليها هذا الأسلوب التعاقدى يخلف مشكلة التعرف على طبيعة العقد

وسبق أيضا احتراط الكتابة الواردة بلائحة المناقصات والمزايدات عندما تصدينا لها تفصيلا .

★ أما فيما يتعلق بالتعاقد بطريق الممارسة فهي تخضع للشروط العامة فيما لم يرد فيه نص خاص في لائحة المناقصات والمزايدات .

★ وأما بالنسبة للتعاقد عن طريق الاتفاق المباشر فلم تشترط اللائحة الجديدة الشكل الكتابي ، وإن كانت قد اشترطت أن يتم التعاقد بمقتضى ترخيص من رئيس الإدارة ، أو رئيس المصلحة المختصة ، وأن يتضح من المستندات الأسباب الملحة التي تقضى باتباع طريق هذا الاتفاق المباشر .

(١) محكمة القضاء الإداري - الدعوى رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ ق .

★ وبالنسبة لاجراء البيع بطريق المظاريف المغلقة فتطبق بشأنها اجراءات المناقصة العامة ، وبطبيعة الحال يجب أن تكون الاجراءات مكتوبة فإن قواعد النظام البيروقراطى الذى يتمثل فى التدرج الرئاسى للمستويات الادارية بما يشتمل عليه من تأشيرات واجراءات كثيرة يؤدى فى معظم الحالات الى وجود وثائق كتابية سندا للاثبات حتى ولو لم يفرغ العقد فى النهاية فى وثيقة مكتوبة ، ويرجع تلك الى الخوف من أجهزة الرقابة التى تتصيد الأخطاء وتهتم بالشكل أكثر من اهتمامها بمرونة الاجراءات .

يواجه القادة الاداريون من الضغوط الرقابية التى تباشرها أجهزة الرقابة التشريعية والمركزية والسياسية ، والاجتماعية ، وتتمثل الرقابة التشريعية فى رقابة أعضاء المجالس التشريعية واللجان المتخصصة بها ، كما يوجه القادة مشكلات الرقابة المتعددة التى تقوم بها أجهزة الرقابة المركزية كأجهزة المحاسبات والخدمة المدنية والرقابة الادارية ، وغير تلك من الأجهزة الأخرى ، ويمكن أن تأخذ هذه الأجهزة الشكل القضائى مثل محاكم المحاسبات الموجودة فى بعض الدول كفرنسا وإيطاليا وبلجيكا .

وجدير بالذكر أن انعكاسات الضغوط الرقابية تختلف باختلاف الايديولوجية السائدة فى كل دولة على حدة ، ففي الادارتين الفرنسية والامريكية تكون الوصاية الادارية شديدة ، بينما تخف حنتها فى الادارة الانجليزية . وفى مصر تبالغ سلطات الرقابة الادارية فى إجراءاتها الشديدة ولم تفلح مؤتمرات الاصلاح الادارى فى علاج هذه المشكلة .

وفى تصورنا أنه يمكن علاج ضغوط الرقابة التشريعية والسياسية والاجتماعية من خلال ترشيد أجهزة الرقابة حتى لا تستغل كأداة للضغط وللنفوذ لخدمة المصالح السياسية أو الخاصة ، اذ ينبغى أن تكون الرقابة محايدة ، وبمعناى عن اساءة استعمال السلطة أو التشكيك المغرض فى تصرفات القادة الاداريين حتى لا يفرطون فى الشكليات خشية إحالتهم للكثير من التحقيقات الادارية^(١) .

(١) للتوسع فى هذا الموضوع : راجع مؤلفنا ، القيادة الادارية (دراسة نظرية ومقارنة) ، ص ١٩٧١ ص ١٤٨ ومابعدها . (نفذ وتحت الطبع ، وموجود بمكتبة كلية الحقوق بجامعة القاهرة نسخ منه للاطلاع) .

كذلك يستند القضاء فى غالب الأحوال الى المستندات المكتوبة لاثبات الرابطة التعاقدية حتى ولو كانت طبيعة العقد لاتستلزم الشكل الكتابى ، وذلك كما سبق القول بأن الوضع بالنسبة لوسائل الاثبات العامة أمام القضاء الإدارى يتمثل فى امكانه تكليف الطرفين بايداع بعض المستندات التى يرى القاضى لزومها لتكوين عقيدته واقتناعه ، ويياشر القاضى هذه الوسيلة بناء على طلب أحد الطرفين أو من تلقاء نفسه ، ويمكن التكليف بذلك بتوجيه الطلب الى المدعى أو المدعى عليه طبقا لما تقتضيه ظروف الدعوى .

وفى حالة تقاعس جهة الادارة عن ارسال المستندات المطلوبة ، يمكن للمفوض أو للمحكمة الحكم على المسئول بغرامة مالية .

وسبق أن حكمت محكمة القضاء الإدارى فى حكمها الصادر فى ١٥ ابريل سنة ١٩٧٠ : «أنه من المبادئ المستقرة فى المجال الإدارى أن الجهة الادارية تلزم بتقديم سائر الأوراق والمستندات المتعلقة بموضوع النزاع والمنتجة فى اثباته ايجابا أو نفيا متى طلب منها ذلك» .

وكما سبق القول يمكن للقاضى الإدارى مطالبة الادارة ببعض المستندات التى يستشف منها السبب القصدى فى اساءة استعمال السلطة أو عدم مشروعية القرار موضوع التظلم ، وذلك نظرا لأن القاضى الإدارى هو فى حقيقة الأمر قاضى مشروعية يزن القرار الإدارى بميزان المشروعية ، وله فى سبيل تحقيق هذه الغاية الاطلاع على المستندات التى تقتعه فى ضميره وفى وجدانه بشرعية القرار المتظلم منه .

وجدير بالتكر أنه اذا تجاهلت جهة الادارة طلب المستندات اللازمة للفصل فى الدعوى ، فان ذلك يؤدى الى التشكيك فى صحة الاجراءات التى اتخذتها الادارة ، ويتحقق ذلك أيضا اذا لم تقدم الادارة ما يدحض المستندات التى قدمها المدعى أو المتعاقد ، وبالمقابل يمكن المعاملة بالمثل فى حالة عدم تقديم المدعى المستندات المطلوبة ، أو عدمحض أو نفى ما تقدمه الادارة من مستندات أو قرائن قوية مقنعة^(١) .

(١) راجع ما تكرناه بالفصل الأول بشأن الوسائل الجوهرية للاثبات .

ومن هنا يبين أهمية المستندات الملحقة بالعقد حتى لو كانت الشكلية والكتابة غير مؤكدة .

وجدير بالإحاطة أن حرية الإدارة في التحلل من الشكل الكتابي للعقود الإدارية يحتاج إلى الإلمام بمايلي :

★ في بعض الحالات التي لا يشترط فيها المشرع الشكل الكتابي صراحة ، فقد تقرض طبيعة العقد هذه الشكليات ، فهي لا تخضع - كقاعدة عامة - للشكل الكتابي ، ولكن من العسير تصور عقد امتياز مثلا دون وثيقة كتابية تحدد حدود وواجبات الملتزم وكيفية تصفية الامتياز وغير تلك من الشروط الملزمة لكلا الطرفين ، ومدى حقوقيهما حتى يمكن للقضاء أن يهتدى بها إذا ما أثبتت متارعات إدارية بشأنها .

★ كذلك فإن تحلل الإدارة من الشكل الكتابي في بعض الحالات نتيجة لفكرة العقود الضمنية . «Contrats Tacites» كحالة امتداد عقد من عقود الإدارة بعدتهائته .

★ كذلك فإن العقد المكتوب يعتبر ثابت التاريخ ، ولا يمكن انكار ما يجيء به إلا عن طريق الطعن عليه بالتزوير . ولهذا السبب تبدو أهمية الكتابية .

★ وجدير بالإحاطة أن عقد الكفالة لا يشترط أن يكون مكتوبا بالنسبة للكفيل الذي ضمن عضو البعثة التعليمية والزام عضو البعثة لا يشترط فيه الكتابية لأنه وليد عقد إداري تكاملت أركانه .

ولاثبات ذلك تعرض حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٢٦ يناير سنة ١٩٧٦ حيث جاء به مايلي :

«إذا كان الثابت أن المدعى عليه الثاني قد كفل المدعى عليه الأول لدى تقدمه للالتحاق بالمدرسة الثانوية للبريد في رد نفقات تعليمه وثمان الكتب والأدوات وقيمة المكافآت التي تمنح له إذا فصل من المدرسة بسبب سوء السيرة أو الرسوب أو الانقطاع دون إخطار ، فإن دلالة ذلك أن المدعى عليه الثاني قد كفل المدعى عليه الأول بناء على طلب هذا الأخير التزاما بما أوجبه القرار الجمهوري رقم ١٦٢٠ لسنة ١٩٦١ بإنشاء المدرسة الثانوية للبريد من أن يقدم طالب الالتحاق بهذه المدرسة كفيلا مقتررا يتعهد بالتضامن معه بر - النفقات المشار إليها إذا أخل بالتزامه - مفاد ذلك أن المدعى عليه الأول هو الذي قدم المدعى عليه الثاني لينعهد بالتضامن معه في تنفيذ الالتزام المذكور . ومن مؤداه فيم البرم أصنى على عاتق المدعى عليه الأول

يلتزم بمقتضاه برد المبالغ آنفة الذكر الى هيئة البريد في حالة اخلاله بالتزاماته التي نص عليها القرار الجمهوري سالف الذكر - هذا الالتزام وان لم يكن مكتوبا الا أن قرائن الحال تقطع بقيامه - أساس ذلك أنه ولید عقد اداري تكاملت أركانه الأساسية وأن العقد الاداري لا يشترط دائما أن يكون مكتوبا،^(١) .

حالة حق الادارة في مصادرة التأمين دون حاجة للالتجاء الى القضاء في التنفيذ ، وعدم التزامها باثبات ركن الضرر

تأكيدا لذلك قضت المحكمة الادارية العليا بتاريخ ٢ يناير سنة ١٩٦٥ بمايلي :

«من المسلم أن للادارة الحق في مصادرة التأمين عند وقوع الاخلال ، وذلك دون حاجة لاثبات ركن الضرر ، لا لأن هذا الركن غير مشروط أصلا ، وانما لأنه ركن يفترض في عقد اداري يفرض غير قابل لاثبات العكس ، فلا يجوز للمتعاقد مع جهة الادارة أن يثبت أن الضرر الذي لحق الادارة يقل عن التأمين ، ومن ثم لا يتصور والأمر كذلك ، أن لا يكون للادارة الحق في الرجوع على المتعهد المقصر بالتعويض الذي يعادل قيمة الأضرار في الحالة التي تجاوز فيها هذه القيمة مبلغ التأمين المودع ، بل يحق لجهة الادارة بغير شك أن تطالب المتعاقد معها بتكملة ما يزيد على مبلغ التأمين الذي لا يفي بالتعويضات اللازمة عما أصاب جهة الادارة من أضرار حقيقية وفعلية ، ذلك أن التأمين قد يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للادارة اقتضاؤه ولكن بقينا لا يمثل الحد الأقصى لما قد يطلب من تعويض،^(٢) .

(١) المحكمة الادارية العليا - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها - السنة الحادية والعشرون من أول أكتوبر ١٩٧٥ الى آخر سبتمبر ١٩٧٦ - حكمها في القضية رقم ٧٤ لسنة ١٦ ق - جلسة ٣١ يناير سنة ١٩٧٦ - بند ١٥ - ص ٣٧ .

(٢) المحكمة الادارية العليا - حكمها بتاريخ ٢ يناير سنة ١٩٦٥ - المجموعة ص ١٠ ص ٣١٣ - مشار اليه بمؤلف الدكتور/ عبد المجيد فياض - مرجع سابق - ص ٢٠٢ - ٢٠٣ .

الخلاصة :

خلاصة القول أن المشرع قد أخضع بعض عقود الإدارة لأجراءات شكلية معينة إذا تمت بطريق المناقصة العامة ، ولكن من المسلم به أن عقود الإدارة يمكن أن يخضع بعضها لقاعدة التحرر من الشكليات ، وذلك ما لم يشترط صراحة إجراء شكليا معيناً في إبرام عقد معين ، فإنه يكفي في هذه الحالة توافق إرادة الإدارة وتطبيقها مع إرادة المتعاقد معها حتى تقوم الرابطة التعاقدية الصحيحة .

★ ونرى أنه يمكن الاسترشاد في ثبوت العقد الإداري غير المكتوب بظروف الحال وقرائن الإثبات ، وبما يستشفه القاضي الإداري من نية المتعاقدين .

★ ومع ذلك فإننا نرجح أسلوب الكتابة قطعاً للشك باليقين ، وتقليلاً من حجم المنازعات الإدارية التي تثور حول تفسير التكييف القانوني للعقد ، وما إذا كان إدارياً أو غير ذلك .



الباب الخامس

بعض قواعد تفسير العقود والأحكام في ظل
المبادئ والقواعد المستقره في القضاءين
الاداري والمدني

الباب الخامس

بعض قواعد تفسير العقود والأحكام في ظل المبادئ
المستقرة في القضاء الإداري والمدني

الفصل الأول

بعض القواعد العامة في تفسير العقود الإدارية والمدنية
في ظل المبادئ والقواعد المستقرة في القضاء
الإداري والمدني

المبحث الأول

تفسير العقد وتحديد نطاقه وكيفية تنفيذه
والمبادئ الجوهرية في التفسير

(أولاً) : بادئ ذي بدء نجد من المفيد التمييز بين تفسير العقد وتحديد نطاقه وكيفية
تنفيذه وذلك على النحو التالي :

★ هناك مسائل ثلاث يجب تمييزها بعضها عن بعض وهي تفسير العقد ،
وتحديد نطاقه - وكيفية تنفيذه .

★ وأول مسألة هي تفسير العقد ، فإذا فرغ القاضي من التفسير واستخلص
النية المشتركة للمتعاقدين ، انتقل الى تحديد نطاق العقد ، فلا يقتصر في هذا
التحديد على ماورد في العقد وفقاً للنية المشتركة للمتعاقدين ، بل يجاوز ذلك
الى ما هو من مستلزمات العقد وفقاً للقانون والعرف ، والعدالة بحسب طبيعة
الالتزام ، ثم ينتقل القاضي بعد تفسير العقد وتحديد نطاقه الى المسألة الثالثة وهي
تنفيذ العقد ، فيلزم المتعاقدين بتنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه ، والمشتملات يعرفها

القاضي عن طريق التفسير وتحديد النطاق - ويكون التنفيذ بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية (مادة ١٤٨) فقرة أولى منى^(١) .

★ وبناء على ماتقدم يجب انطواء العقد على حسن النية ، فلا يعوق التنفيذ أن يبرره الاخلال بشروط العقد البسيطة ، أو التحلل من الالتزامات الناشئة عنه ، مجرد الخلاف على بعض الأمور أو على تفسير بعض الشروط إذا كان الخلاف يدور حول فروق مالية يمكن تسويتها .

(مثال) : تأخر استصدار إذن الاستيراد اللزم لا يبرر فسخ العقد من جانب المتعهد - سيما إذا قامت الإدارة بواجب التسهيل وصدر الآن فعلا - هذا الفسخ يجعل التأمين المدفوع من تلقاء نفسه من حق الإدارة طبقا لنصوص العقد .

★ كذلك يجب استخلاص نية الإدارة ، لأن العبرة في استخلاص ارادة الإدارة ليست بالمعنى الحرفي لقرارها ، بل يجب الاعتماد بالآثار التي رتبها الإدارة على تصرفها للكشف عما قصده في الحقيقة - فتعبير الإدارة في تصرفها في بعض الأوراق بعبارة «الغاء العقد وإعادة تأجير المقصف على حساب المدعى عليه ، هو في حقيقته تنفيذ على حسابه مادامت قد اجتزأت الآثار التي تترتب على التنفيذ على حسابه» .

ولذلك وبناء على ماسبق بيانه يجب التعرف على طبيعة العقد في ضوء النية المشتركة للمتعاقدين ، لأن ذلك يعين على رفع اللبس في مسائل تبقى مضطربة دون هذا التمييز - وفي هذا يقول العميد السنهوري في تفسير العقد :

«يجب العناية بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، وتحديد نطاق العقد ، ويضاف الى هذه النية المشتركة ما لم تتناوله في الواقع ، ولكنه من مستلزماتها ، وفي التنفيذ يضاف الى هذه النية مستلزمات العقد» .

★ ومن وجهة نظرنا نرى أنه يمكن الاستفادة بهذه المبادئ التي يقرها الفقه والقضاء المعنى بما يتلاءم مع تفسير العقد الإداري ومستلزماته لاسيما حق الإدارة في التعديل لصالح المرفق العام .

(١) العميد الدكتور/ السنهوري الوسيط في شرح القانون المنى، المجلد الأول (العقد) ط/ ٢ ص ٨٣٦ .

فالقاضي الإداري يبدأ بتفسير العقد وما إذا كان عقدا مدنيا لا يخضع لاختصاصه الولائي ، أو عقدا إداريا يخضع في تفسيره وتحديد نطاقه وكيفية تنفيذه للقواعد المتعلقة بالعقود الإدارية . ويضاف إلى ذلك أن طبيعة الالتزام هي التي تغل على القاضي الإداري قواعد التفسير التي تتفق مع طبيعة العقد ، ويمكن الاعتماد على ما يشتمل عليه العقد من شروط غير مألوفة في العقود المدنية ونعني بها الشروط الاستثنائية وهي غير المألوفة في العقود المدنية .

★ كذلك يجب تنفيذ العقد الإداري بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ، ولا خلاف في ذلك بين العقد المدني والعقد الإداري ، وكل ما هناك أنه في تنفيذ العقد الإداري يراعى مصالح المرفق العام ، وضرورة تسييره سيرا مضطربا ومنتظما ، فلا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف وقواعد العدالة بحسب طبيعة الالتزام ، ونتيجة ، لذلك يمكن تطبيق القاعدة الواردة بالفقرة الثانية من المادة (١٤٨) مدني ، والمتعلقة بحسن النية على كل من العقود المدنية والإدارية مع التوسع في تفسيرها بالنسبة للعقد الإداري استنادا إلى حق جهة الإدارة في التعديل لمقتضيات تسيير المرفق العام ، واستنادا إلى حقها في التوجيه والرقابة حسبما سبق بيانه .

★ كما يمكن امتداد تطبيق الفقرة الثانية من المادة (١٤٧) مدني على كل من العقد المدني والإداري ، وتنص هذه المادة على مايلي :

«ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفذ الالتزام التعاقدى . وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فاحشة ، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك» .

(ثانيا) : المبادئ الجوهرية في التفسير والواجب اتباعها أمام القضاءين المدني والإداري :

نرى أنه من أهم هذه المبادئ مبدئين جوهريين يجب مراعاتهما في جميع المنازعات ، سواء أكانت منظورة أمام القضاء العادي أو القضاء الإداري .

ونورد المبدئين فيمايلي :

(المبدأ الأول) :

متى كان النص واضحا فلا يجوز تأويله أو تفسيره أو الخروج على أحكامه :
وفي ذلك تقول محكمة النقض متى كان النص واضحا وصريحا وجليا وقاطعا
في الدلالة على المراد منه ، فلا محل للخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء
بالمراحل التشريعية التي سبقتة أو الحكمة التي أملتة وقصد الشارع منه ، لأن محل
هذا البحث إنما يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه^(١) .

(المبدأ الثاني) :

النص المطلق يجرى أعماله على إطلاقه طالما لم يوجد ثمة نص يقيد مع
التزام الحدود المشروعة في التفسير والدفاع بون غلو أو تعنت أو مغالاة :
وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ٧ نوفمبر سنة
١٩٥٤ مايلي :

«ان الحكومة في مخاصمتها للأفراد أو في مخاصمة الأفراد لها يجب أن تكون
مثلا تحتذى في معالجة الدعاوى والجواب عليها ، والتزام الحدود المشروعة
للدفاع ، فتترفع عن انكار الحقائق الثابتة أو اخفائها ، وتبادر الى ذكر الوقائع
الصحيحة الماثلة في الأوراق التي بين يديها ، وتباعد بينها وبين العنت الذي
يرهق خصمها بغير مقتضى ... لأنها خصم لا يبغي العدوان على حقوق الناس ،
ويعاون القضاء في الوصول الى الحل أيا كان جاتبه . ومن هنا ينقل حسابها عن
حساب الأفراد عندما يقفون من بعضهم البعض موقف اللد في الخصومة .. فإذا
كان منهج الحكومة ، ودفاعها ... قد جاوز الاجتهاد في التفسير والتأويل وبيان
وجهة النظر القانونية والموضوعية الى نكر وقائع غير صحيحة ، وانكار ما هو
ثابت في الأوراق الرسمية والتغالي في هذا الانكار ، واخفاء بعض الأوراق التي
كان من الجائز أن تفيد منها المدعية لو علمت بها في الوقت المناسب ، وقد
انطوت تصرفاتها مع المدعية على اجراءات خاصة تدل على العنت وتفصح عن
مقاومة عنيدة خالية من الحق ، فاستطال أمد النزاع سنوات عديدة ، ظل فيها

(١) الطعن بالنقض رقم ٣٢٩ لسنة ٤١ ق - أحوال شخصية - جلسة ١٩٧٦/٥/١٢ -
من ١٠٨٧ .

موقف المدعية مطلقا ، اذا كان ما تقدم كذلك ، فان المدعية تستحق عن هذا الدفاع الكيدى وعن الاجراءات الخاطئة التى اتبعتها الحكومة تعويضا^(١) .

★ وفى حكم آخر تقول المحكمة : أن القاعدة هى أن المطلق يجرى على إطلاقه ، ونتيجة لذلك يستوى أن تكون الدعوى موجهة من الدولة ضد الأفراد أو العكس .

وفى ذلك تقول المحكمة :

والأساس فى تحديد اختصاص القضاء الإدارى بدعوى المسئولية هو وجود قرار إدارى ، بغض النظر عن شخصية المدعى عليه ، أى يستوى فى ذلك أن تكون الدعوى موجهة من الدولة ضد الأفراد أو العكس . ومن قضاء مجلس الدولة المصرى فى هذا الخصوص ، حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى ٩ مارس سنة ١٩٥٨ ، حيث ترد على الدفع الذى أبدى أمامها بعدم اختصاصها فيما يتعلق باختصاص أحد الأفراد بجانب الدولة فى الدعوى المرفوعة بطلب تعويض عن قرار إدارى بقولها : جاء نص القانون (مجلس الدولة) مطلقا فى هذا الشأن ، فلم يقصره (الاختصاص) على طلبات التعويض التى توجه للحكومة ، فلا وجه لتقييده اذ القاعدة أن المطلق يجرى على إطلاقه مادام أن ليس ثمة نص يقيده ، وعلى ذلك فإن القضاء الإدارى يختص بنظر طلبات التعويض متى كانت الدعوى مؤسسة على قرار إدارى باطل لمخالفته للقانون، أيا كان المدعى عليه ، سواء أكانت الحكومة أو غيرها . ومن ثم فلا وجه لما يقوله المدعى عليه الخامس فى مذكرته من أن نظام مجلس الدولة قد بنى على أن تكون الحكومة دائما مدعى عليها ، وهى وحدها التى يصح مقاضاتها أمام مجلس الدولة عن قراراتها ، فهذا القول لا سند له من قوانين مجلس الدولة ، فما أكثر الطعون التى رفعتها الحكومة عن القرارات الصادرة من اللجان القضائية وما أكثر قضايا العقود الإدارية التى رفعتها وترفعها الحكومة ضد الأفراد أمام القضاء الإدارى^(٢) .

(١) محكمة القضاء الإدارى فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٥٤ س ٩ ص ١٢ .

(٢) محكمة القضاء الإدارى فى ٩ مارس سنة ١٩٥٨ - المجموعة السنتان ١٢ و ١٣ -

المبحث الثانى

بعض القواعد الجوهرية فى تفسير العقود

ونشير اليها فيما يلى :

القاعدة الأولى :

الجهة الادارة منح المورد المتأخر مهلة اضافية للتوريد مع توقيع غرامة التأخير ، هو طبقا لنصوص لائحة المناقصات والمزايدات ، ومنح هذه المهلة للمورد المتأخر يكون اذا ما أبقت عليه جهة الادارة استنهاضا لاهمته وحثا له على القيام بسرعة التوريد .

القاعدة الثانية :

قيام الادارة بالشراء على حساب المتعهد لا يؤدى الى انتهاء الرابطة التعاقدية بين الطرفين مادامت الادارة لم تلجأ الى الاجراء الآخر بانتهاء التعاقد مع مصادرة التأمين .

القاعدة الثالثة :

سلطة الادارة فى الرقابة والتوجيه وانهاء العقد للصالح العام ، وازضافة شروط جديدة لصالح المرفق العام :

الفكرة التى تحكم الروابط الناشئة عن العقد الادارى أن للادارة سلطة الاشراف والتوجيه على تنفيذ العقد ، وأن لها دائما حق تغيير أو تعديل شروط العقد وازضافة شروط جديدة بما قد يتراءى لها أنه أكثر اتفاقا مع الصالح العام دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ... كما يترتب عليها كذلك أن للادارة دائما سلطة انتهاء العقد اذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام ، وليس للطرف الآخر الا الحق فى التعويضات ان كان لها وجه ، وهذا على خلاف الأصل فى العقود المدنية التى يجوز أن يستقل أحد الطرفين بفسخها أو انتهائها دون ارادة الطرف الآخر^(١) ، وأن العلاقة التعاقدية فى العقود الادارية

(١) محكمة القضاء الادارى فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ (المجموعة من ٦ من ٣١٤) . أنظر أيضا حكمها فى ٢ يونيو سنة ١٩٥٣ (المجموعة من ٧ من ١٣٩٧) ، وفى ١٦ يونيو سنة ١٩٥٣ (المجموعة من ٧ من ١٥٦٣) ، وفى ديسمبر سنة ١٩٥٣ (المجموعة من ٨ من ٢١٩) ، وفى ٨ مارس سنة ١٩٥٤ (المجموعة من ٨ من ٨٨٠) .

لا تستند الى شروط هذه العقود فقط ، وانما أيضا الى القواعد القانونية والتنظيمية الخاصة بالمرفق العام،^(١) .

★ ومن جهة أخرى أقرت أحكام محكمة القضاء الإداري حق المتعاقد مع الإدارة في المطالبة بتعويض على أثر تعديل نصوص العقد ، أو زيادة الالتزامات الملقاه على عاتقه والتي لم ينص عليها العقد ، ان كان لهذا التعويض وجه ، على أنه اذا تجاوزت الالتزامات الجديدة الملقاه على عاتق المتعاقد مع الإدارة الحد المعقول في نوعها وفي أهميتها ، جاز له الامتناع عن تنفيذها ، أو المطالبة بفسخ العقد ، وكل ذلك تحت رقابة القضاء الذي له أن يقدر اذا كان الامتناع عن التنفيذ أو طلب الفسخ له ما يبرره^(٢) .

القاعدة الرابعة :

مدى تفسير الشروط التي تضمن امتيازات للإدارة ولا يمكن أن يتمتع بها المتعاقد الآخر :

هذه الامتيازات في مجال شروط العقد ، هي أبرز ما يميز العقود الإدارية ، إذ بمقتضاها تستطيع الإدارة أن تحمل المتعاقد معها ، وبارائتها المنفردة ، التزامات تجعل موقف المتعاقدين في العقود الإدارية غير متكافئ فمِنذ الخطوات الأولى في إبرام العقود الإدارية يتجلى هذا الإخلال بقاعدة مساواة المتعاقدين . فالقرد الذي يتقدم بقصد التعاقد في مناقصة أو مزايمة عامة يلتزم بمجرد تقديمه ، أما الإدارة فلا تلتزم الا في وقت متأخر ، وقد لا تلتزم إطلاقا كما سنرى فيما بعد . وفي بعض العقود قد تشترط الإدارة شروطا «من قبيل شروط الأسد» في القانون الخاص ففي حين يلتزم الأفراد بمجرد التعاقد ، فإن الإدارة قد لا تلتزم بشيء إطلاقا ، بل وقد تحتفظ بحقها في التحرر من العقد كلية ، كما هو الشأن في عقد طلب تقديم المعاونة في مشروع عام على التفصيل الذي سوف نعرض له في موضعه . وتتجلى تلك الشروط في تنفيذ العقد على وجه الخصوص ، فالإدارة تضمن عقودها الإدارية باستمرار شروطها تحتفظ لنفسها بمقتضاها بالحق في تعديل التزامات المتعاقد معها سواء بالنقص أو

(١) محكمة القضاء الإداري في ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٢ (المجموعة ص ٧ ص ٧٦) .

(٢) محكمة القضاء الإداري في ١٥ فبراير سنة ١٩٥٤ (المجموعة ص ٨ ص ٦٨٣) . وكان الموضوع متعلقا بتكليف المعهد بتوريد أغذية الى مدارس غير واردة بكشف شروط المناقصة ، وذلك بعد اتمام المناقصة .

بالزيادة ، وبسلطة التدخل للإشراف على تنفيذ العقد ، وتغيير طريقة التنفيذ ، ووقف التنفيذ مؤقتا ، وفسخ العقد أو إنهائه ، بإرادتها المنفردة دون حاجة لرضا الطرف الآخر طالما كان هناك سبب يسوغ ذلك^(١) . وأخيرا فإن من تلك الشروط ما يخول الإدارة حق توقيع عقوبات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته دون حاجة الى وقوع ضرر أو الالتجاء الى القضاء .. الخ .

وهذه الشروط يبررها القضاء الإداري المصري باستمرار سواء في قضاء المحكمة الإدارية العليا أو محكمة القضاء الإداري وسوف نذكر بعض الأمثلة لهذا القضاء بتوسع واستفاضة .

القاعدة الخامسة :

تحويل المتعاقد مع الإدارة سلطات استثنائية في مواجهة الغير :

ذلك بمعنى أن الإدارة تخول المتعاقد معها الحق في ممارسة بعض مظاهر السلطة التي تمارسها الإدارة عادة ، وبالقدر الذي يستلزمه تنفيذ العقد الإداري . وواضح أن مثل هذه الشروط لا نظير لها في العقود التي تتم في نطاق القانون الخاص بين الأفراد .

وعلى هذا الأناس كثيرا ما تتضمن عقود امتياز المرافق العامة شروطا تخول الملتزمين حق ممارسة بعض سلطات نزع الملكية ، أو فرض أمور معينة ، كما أن المقابل الذي يتقاضاه الملتزم من المتفعين - وفقا لبعض الآراء - هو رسم يخضع لأحكام القانون العام وليس أجرا في مقابل الخدمة ، كما هو الشأن في عقود القانون الخاص ، ثم أن بعض الشروط التي ترد في عقد الامتياز في ممارسة مظاهر السلطة العامة تنسم بصفات تجعلها غير مألوفة في العقود الخاصة ، مثال ذلك تحويل الملتزم استعمال واستغلال الدومين العام بطريقة تجعله صاحب احتكار فعلي ، فتؤدي تلك الشروط بالتبعية الى تقييد حرية المشروعات المنافسة .

★ وكثيرا ما نجد في عقود الأشغال العامة شروطا تخول المقاول حق شغل بعض العقارات الخاصة لمدة محدودة دون حاجة لرضا ملاكها مقدما . وهذا من حقوق السلطة العامة التي تمارسها الإدارة عادة وفي بعض العقود الأخرى تخول المتعاقد مع الإدارة سلطة الاستيلاء على بعض المنقولات جبرا .

(★) راجع موضوع فسخ العقد تفصيلا بالباب العاشر .

القاعدة السادسة :

أخذ العقود التبعية والتكميلية حكم العقود الادارية المتعلقة بها :

إذا كان العقد محل النزاع تبعيا أو تكميليا للعقد الادارى فإنه يمكن تحديد طبيعته القانونية فى ضوء الضوابط التى تضى على العقد الأصلي صفته الادارية ، فإذا تصادف وجود عقود تكميلية أو تبعية للعقد الادارى ، فإنها تأخذ صفته الادارية .

وقد استندت المحكمة الادارية العليا الى مبدئين أساسيين لتطبيق هذه القاعدة فى حكمها الصادر فى ١٨ مايو سنة ١٩٦٨ .

ولأهمية هذا الحكم نوردته فيما يلى :

أبرمت وزارة التربية والتعليم عقدا مع بعض المؤلفين تنازلوا بمقتضاه عن تأليف كتاب المطالعة للمدارس الاعدادية الجزء الثانى ، وتعهدوا بمراجعة تجارب الكتاب ، وقد حدث أن طبع هذا الكتاب أكثر من مرة ، وفى احداها اختارت الوزارة أحد المؤلفين لمراجعة تجارب الطبعة ، فأخطأ فى الغلاف خطأ ترتب عليه اعادة طبعه ، فرجعت عليه الوزارة بالتكاليف أمام محكمة القضاء الادارى ، فدفع المؤلف بانقضاء العقد بتنفيذه أول مرة ، وأن الخطأ الذى رفعت الدعوى بشأنه ليس خطأ تعاقديا . وأنه حتى مع التسليم بوجود عقد ، فإنه ليس من العقود الادارية ، لأن مراجعة تجارب (أو بروفات) الكتاب لا يحتوى على الشروط الاستثنائية التى يلجأ اليها فى تمييز العقود الادارية . وأقرت محكمة القضاء الادارى الدفع الأول ، وقضت بعدم الاختصاص ، ولكن المحكمة الادارية العليا ألغت حكمها ، وأقرت مبدئين هامين :

المبدأ الأول :

أن ثمة عقدا غير مكتوب وتقول المحكمة :

من حيث أن العقد غير المكتوب ولئن كان غير مألوف فى المجال الادارى بسبب جنوح الادارة عادة الى اثبات روابطها العقدية بالكتابة ، الا أنه لا يزال يودى دورا مكملا لبعض أنواع العقود الادارية ، فقد تركز اليه مع بعض المتعاقدين اذا اتفقت معهم على تكميل أغراض التعاقد الأصلي من ناحية من النواحي التى انصب عليها . وهذا الأسلوب التعاقدى يخلق مشكلة التعرف على

طبيعة هذا العقد اذا أعوزه بعض الخصائص التي يتسم بها العقد الإداري كعنصر الشروط الاستثنائية مثلا .

المبدأ الثاني :

أن صفة العقد الأصلي تمتد الى العقد المكمل : تقول المحكمة :

«ولقد قطع القضاء الإداري الفرنسي في هذا الصدد بأن هذا العقد المكمل تنصرف اليه طبيعة العقد الأصلي بحكم ارتباطه به ، وتعويله عليه ، وائن فلا حاجة البتة الى استظهار أركان العقد الإداري فيه» .

القاعدة السابعة :

اختصاص القضاء الإداري بالمنازعات المتعلقة بالقرارات الإدارية المتصلة بالعقد من ناحية الان ين به أو إبرامه أو اعتماده :

★ سائر القضاء الإداري المصري القضاء الفرنسي في ضرورة حماية الغير ممن قد تصاب مصالحهم بالضرر من جراء القرارات الإدارية المتصلة بالعقد ، وحيث أن هؤلاء لا يملكون دعاوى العقد فقد قررت محكمة القضاء الإداري أن من العمليات التي تباشرها الإدارة ما قد يكون مركبا ، له جانب تعاقدى بحيث يختص به مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري ، نظرا لأن الإدارة تسير فيه على مقتضى النظام الإداري المقرر لذلك ، فتصدر بهذا الخصوص قرارات من جانب واحد تتوافق فيها جميع خصائص القرارات الإدارية وتتصل بالعقد من ناحية الان ين به أو إبرامه أو اعتماده . فتختص محكمة القضاء الإداري بطلب إلغاء هذه القرارات اذا وقعت مخالفة للقوانين أو اللوائح . وذلك دون أن يكون لالغائها مساس بذات العقد الذي يظل قائما بحاله الى أن تفصل المحكمة المختصة في المنازعة المتعلقة به^(١) ثم أكدت المحكمة هذا المبدأ مرة أخرى فيما قضت به من أن القرار الذي يصدر من جهة الإدارة بإبرام عقد من العقود يمثل إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة أثناء قيامها بأداء وظائفها المقررة لها قانونا بقصد أحداث أثر قانوني ، وتحليل العملية القانونية التي تنتهي بإبرام العقد الى الأجزاء المكونة له ، يتضح أن القرارات السابقة أو اللاحقة على العقد ، كوضع

(١) محكمة القضاء الإداري ١٩٤٦/١١/٢٥ - في الدعوى رقم ١٢٣ لسنة ١ ق - مجموعة أحكام المجلس - السنة الثانية ص ١٠٤ .

الإدارة لشروط المناقصة أو المزايدة ، وقرارات لجنة فحص العطاءات وقرارات لجنة البت ، والقرارات بارساء المناقصة أو المزايدة هي بغير منازع قرارات إدارية منبذة عن العقد ، ومن ثم يجوز الطعن فيها بالإنهاء لسبب تجاوز السلطة^(١) .

القاعدة الثامنة :

تفسير محكمة القضاء الإداري لاختصاص لجنة البت في مفاوضات أصحاب العطاء الأقل :

يجوز للجنة البت مفاوضات مقدم العطاء الأقل المقترن بتحفظ أو بتحفظات للنزول عن كل تحفظاته أو بعضها بما يجعل عطاءه متفقا مع شروط المناقصة بقدر الإمكان ، كما يجوز للجنة البت مفاوضات صاحب العطاء الأقل المقترن بتحفظات للنزول بسعره إلى مستوى أسعار السوق .

ونظرا لما يثيره موضوع الحالتين المشار إليهما من خلافات في التفسير في الكثير من المنازعات القضائية ، فأننا نجد من المفيد عرض التفسير القضائي في الكثير من المنازعات القضائية ، التي ذهبت إليها محكمة القضاء الإداري ، لما يتسم به من جلاء ووضوح .

فقد فسرت محكمة القضاء الإداري^(٢) حالتى المفاوضات المشار إليهما فيما سبق في ظل القانون الملغى بما يستبعد حق الإدارة في مناقشة الأسعار المقدمة ، حيث قضت بما يلي :

«ومن حيث أنه يبين من النص سالف الذكر (المادة ٤ من القانون ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤) أن المفاوضات مع مقدمى العطاءات تتم في حالتين :

الأولى : حالة ما إذا كان العطاء الأقل مقترنا بتحفظ أو تحفظات وكان أقل عطاء غير مقترن بشيء من ذلك تزيد قيمته الرقمية كثيرا على العطاء المقترن بتحفظات .

(١) محكمة القضاء الإداري - بتاريخ ١٩٥٦/١/٢٥ في الدعوى رقم ٢٤ لسنة ٧ ق - مجموعة الأحكام - السنة العاشرة - ص ١٣٥ .

(٢) محكمة القضاء الإداري : حكمها في القضية رقم ١٧٥٣ لسنة ١٠ قضائية - جلسة ٢٨ إبريل سنة ١٩٥٧ م .

الثانية : حالة ما اذا كانت العطاءات كلها مقترنة بتحفظات أو كانت كلها غير مقترنة بشيء منها وكان العطاء الأقل يزيد على القيمة السوقية فيقرر الغاء المناقصة لهذا السبب .

رجاء بحوثات الحكم مايلي :

ومن حيث أنه مما يجب التنبيه إليه بادية ذي بدء أن المفاوضة مع مقدمي العطاء لا يمكن أن تحصل الا بالنسبة للتحفظات الواردة على شروط المناقصة ، وأنها لا يمكن أن تتناول فئات الأسعار ، إذ أن الأخذ بفكرة المفاوضات في فئات الأسعار لا يتفق والقانون ، فضلا عما ينطوي عليه من اضافة حكم لم يرد به ، ومجافاته للمبادئ العامة للمناقصات التي تقوم أصلا على المفاوضات بين العطاءات وارساء المناقصة على مقدمي أقل عطاء ، وبذلك تنهياً الفرصة لجميع المشتركين في المناقصة ليتساوا في المعاملة .

والمقصود بالمساواة كفاية حتى التقدم الى المناقصة بالقياس الى جميع من يستوفون الشروط المطلوبة ، وعدم استبعاد عطاءاتهم بقرارات عامة أو فردية أو اعفاء بعض المتنافسين من شروط معينة دون البعض الآخر ، أو اضافة شروط أو حذفها ، أو تعديلها بالنسبة الى بعض المتقدمين الى المناقصة .

ومن ثم يجب أن يكون مفهوما أن ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة الرابعة سالفه الذكر من الترخيص للإدارة بالتفاوض ولو كانت كل العطاءات غير مقترنة بتحفظات ، مقصود به أن تكون العطاءات كلها - فيما عدا العطاء الأقل - قد وريت خالية من أي تحفظ ، ولذلك تقع المفاوضة مع مقدم أقل عطاء مصحوب بتحفظات في حدود ما رسمه القانون ، والا لما كان هناك محل لهذه الفقرة كليه به . ولما كان صاحب أقل عطاء - مالم يستبعد - هو في الأصل صاحب الحق في ارساء المناقصة عليه ، اذا كان عطاؤه مناسبا ، فانه ليس لجهة الادارة أن تترك عطاءه لمجرد أنه مقترن بتحفظات ، ثم تتفاوض مع مقدم العطاء الذي يليه غير المقترن بتحفظات بل تجري المفاوضة مع صاحب أقل عطاء مقترن بتحفظات لينزل عن كل تحفظاته أو بعضها بما يجعل عطاءه متفقا وشروط المناقصة . ولا ضير في هذا الاجراء على أصحاب العطاءات الأخرى ، ولا يخل بالمساواة الواجبة بالنسبة اليهم ، كما أن المفاوضة في هذه الصورة مع مقدم العطاء غير المقترن بتحفظات معناه أن مفاوضته ستكون بقصد تعديل فئات الأسعار وهو أمر غير جائز كما سبق البيان . أما في حالة ما اذا كانت العطاءات كلها مقترنة بتحفظات فانه يتعين من باب أولى البدء بالمفاوضة

مع صاحب أقل عطاء . فاذا رفض ، فيجوز التفاوض مع من يليه ، بحيث لا تجرى مفاوضة في التعديل مع صاحب عطاء الا اذا رفض هذا التعديل جميع مقضى العطاءات الأقل منه

★ ثم استطردت المحكمة قائلة : ... لكل مناقص الحق فى أن يضمن عطاءه ما يشاء من تحفظات واشتراطات خاصة تختلف عما تشترطه الادارة ، وهذا الحق مقرر لكل صاحب عطاء ، وقد أشير اليه فى كل من اللائحة والمادة ٤ من القانون رقم ٢٢٦ لسنة ١٩٥٤ ... ومتى كان الأمر كذلك فإن المفاوضة التى تنتهى الى نزول المناقص عن كل أو بعض تحفظاته - فى الأحوال التى تجوز فيها هذه المفاوضة - وقبول جهة الادارة هذه النتيجة - لا يمكن اعتباره تعديلا لاحقا لأسعار العطاء ... اذ أن المفاوضة لا تتناول فئات الأسعار بالتعديل ، بل تهدف الى جعل العطاء متفقا مع شروط المناقصة بقدر الامكان ، وبما لا يدع مجالا للشك فى أن العطاء موضوع المناقصة هو أصلح العطاءات

القاعدة التاسعة :

اشتراط المقابل فى الهبة لاقامة مشروع ذى نفع عام مثل اقامة مدرسة لا يشترط افراغ العقد فى ورقة رسمية ، وتقديم الأرض أو المبنى وتحمل الادارة بقية التكاليف يخرج العقد عن قواعد الهبة المدنية ويدخله فى نطاق العقود الادارية :

★ لأهمية هذا الحكم بعد حادثة الزلزال التى تبرع الكثيرون من أجل معالجة آثاره بالتبرع للدولة بقطع من الأراضى لانشاء مدارس عليها ، فاننا نورد حيثيات الحكم كاملة فيما يلى :

، وحيث أن مما ينعاه الطاعنون على الحكم المطعون فيه ينافى أسباب الطعن مخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه وفى بيان تلك بقولون أن مورث المطعون ضدهم أراد المساهمة فى مرفق التعليم فعرض على مديرية التربية والتعليم تقديم المنزل لانشاء مدرسة به فقبلت جهة الادارة عرضه وأنشأت مدرسة زويتها بكافة ما تحتاجه من مدرسين وأثاث ومعامل وأنه لذلك لا يعتبر العقد الصادر من المورث عقد هبة انما هو عقد معاوضة غير مسمى ، للمساهمة والمعاوضة فى مرفق التعليم وهو من العقود الادارية ولا يشترط فيه الرسمية لانعقاده . واذا

خالف الحكم هذه النظرة على سند من أن العقد يعتبر عقد هبة لعقار وأنه وقع باطلا لعدم افراغه في ورقة رسمية ورتب على ذلك قضائه بالبيع للمطعون ضدهم فإنه يكون معيبا بما يستوجب نقضه .

وحيث أن هذا النعى سديد ، ذلك أنه لما كان من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في تفسير القرارات والاتفاقات وسائر المحررات بما تراه أوفى إلى نية عاقدتها أو أصحاب الشأن فيما تستهديه بوقائع الدعوى وظروفها مادامت لم تخرج في تفسيرها عن المعنى الذي تحتمله عبارات المحرر وكان ما انتهت إليه من ذلك سائغا ومقبولا وكان من المقرر أيضا أن التكليف القانوني الصحيح لما قصده المتعاقدان وانزال حكم القانون على المحرر هو مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض وكان من المقرر كذلك - وعلى ما جرى به قضاء النقض - أن الهبة التي يشترط فيها المقابل لا تعتبر من التبرعات المحصنة ، وأن التبرع بتقديم عقار لجهة إدارية لإقامة مشروع ذي نفع عام على أن تتحمل الإدارة بقيمة النفقات وإقامة المشروع لا يعتبر عقد هبة يخضع للأحكام المقررة في القانون المدني من وجوب افراغه في ورقة رسمية وإنما يعتبر عقدا إداريا تطبق عليه الأحكام والقواعد الخاصة بالعقود الإدارية . لما كان ذلك وكان القرار المؤرخ ١٩٦٦/١٢/٥ الصادر من مورث المطعون ضدهم قد تضمن تبرعه بالعقار موضوع الدعاوى لمديرية التربية والتعليم بالدقهلية لإقامة مدرسة وأن الجهة الإدارية قد قبلت ذلك وقامت بتنفيذه وبإنشاء المدرسة المتفق عليها فعلا وجهرتها بكافة ما تحتاجه من معدات وأثاث ومعامل وزونتها بالعدد اللازمة لإدارتها وتشغيلها من المدرسين والفنيين والإداريين فإن هذا التعاقد الذي تم صحيحا بين عاقدتيه يكون في حقيقته عقدا من عقود المعاوضة غير المسماة وهو ما جرى الفقه والقضاء الإداري على وصفه بأنه عقد تقديم معاونة أو مساهمة يلتزم بمقتضاه شخص بالمساهمة نقدا أو عينا في نفقات مرفق عام أو مشروع ذي نفع عام وهو بهذه المثابة لا يعتبر - وعلى ما جرى به قضاء النقض - هبة مدنية فلا تجب له الرسمية ولا يجوز الرجوع فيه وذلك على الرغم مما قد يكون وازدا فيه من ألفاظ التبرع أو التنازل أو الهبة إذ أن هذه الألفاظ إنما تساق لبيان الباعث وراء هذا التصرف دون أن تؤثر على كيان العقد وحقيقته سالف البيان واذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وانتهى إلى أن هذا العقد هو عقد هبة لم تفرغ في الشكل الرسمي ورتب على ذلك قوله ببطلانه وبأن وضع يد الطاعنين يضحى

تبعاً لذلك بغير سند فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وتأويله بما يستوجب نقضه لهذا السبب^(١).

القاعدة العاشرة :

مقابل سلطة التعديل تتمثل في تحقيق التوازن المالي والذي يتركز في حق المتعاقد في التعويض :

« إذا كان من المتفق عليه أن للإدارة سلطة تعديل بعض نصوص العقد ، فلا يجوز أن يقف المبدأ عند هذا الحد والا اشتملت العقود الإدارية على نص منافي للعدالة ، ولما تقدم أحد للتعاقد مع الإدارة مادام مهتماً بذلك التعديل الذي يزيد من التزاماته . لذلك تقضي العدالة بضرورة إعادة التوازن المالي الذي أبرم العقد على أساسه ، ذلك بمنح المتعاقد مع الإدارة تعويضاً عن الأضرار التي تكون لحقته في مركزه التعاقدى ، على أثر ممارسة سلطة التعديل فإن إثارة ضرورات المرفق العام على المصالح الخاصة للمتعاقد مع الإدارة ليس معناه التضحية بهذه المصالح بحيث يتحمل المتعاقد مع الإدارة وحده جميع الأضرار ، بل يجب أن يتساوى الأفراد في تحمل الأعباء العامة،^(٢) .

ويراعى التمييز بين التعويض في ظل كل من نظريتي فعل الأمير ، والظروف الطارئة حسبما سبق بيانه .

القاعدة الحادية عشر :

عدم شرعية انتهاء العقد بغرض الحصول على جعل أعلى :

استقر القضاء الإدارى على أنه لا يحق لجهة الإدارة تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة ، وإنهاء العقد بغرض الحصول على جعل أعلى لأن ذلك فيه إهدار للثقة في معاملات الإدارة ، ولا يصلح في ذاته سبباً مشروعاً للمساس بحقوق الأفراد المكتسبة .

(١) الطعن بالنقض رقم ١٢٧٥ لسنة ٤٧ القضائية - جلسة ٢٥ من ديسمبر سنة ١٩٨٤ م .
(٢) محكمة القضاء الإدارى فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ (المجموعة من ٦ ص ٣١٤) فى ٢ يونيو سنة ١٩٥٣ (المجموعة من ٧ ص ١٣٩٧) ، وفى ١٦ يونيو سنة ١٩٥٣ (المجموعة من ٧ ص ١٥٦٣) .

★ فقد جاء بحكم محكمة القضاء الادارى فى القضية رقم ٧٣٠ لسنة ٢٣ ق والصادر فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٧٠ مايلى :

من الواضح أن الدافع لادارة السكك الحديدية فى انهاء العقد المؤرخ ١٩٦٧/٧/١ وطرح موضوعه فى مزايده جديدة ، انما يتمثل فى رغبتها فى الحصول على جعل أعلى من الجعل القديم ، وهذا فضلا عما فيه من اهدار للثقة فى معاملاتها ، وزعزعة للايمان بعداالتها ونزاهتها لا يصلح فى ذلك سببا مشروعاً ، يبرر لها الافتئات على مصالح الأفراد والمساس بحقوقهم المكتسبة...^(١) .

القاعدة الثانية عشر :

تنفيذ العقد بما يتفق مع ما يوجبه حسن النية المشتركة للمتعاقدى :
قضت المحكمة الادارية العليا بأنه اذا كانت العقود الادارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذى يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على المصلحة الخاصة - فان العقود على وجه العموم تخضع لأصل عام من أصول القانون ، وهو ذلك الذى يقضى بأن يكون تنفيذها متفقاً مع ما يوجبه حسن النية ، وأن هذا الأصل يطبق فى العقود الادارية شأنها فى ذلك شأن العقود المدنية^(٢) .

القاعدة الثالثة عشر :

اشتراط قيام المتعاقد بنفسه بتنفيذ التزامه التعاقدى :

من قواعد التفسير الصحيح أنه لا يجوز التنازل للغير أو التعاقد من الباطن على التنفيذ فيشترط قيام المتعاقد بالتنفيذ بنفسه وعدم جواز التنازل للغير ، أو التعاقد معه من الباطن فى هذا الشأن الا بموافقة جهة الادارة وأن مخالفة ذلك الأمر يؤدى الى اعتبار التنازل باطلا ، فلا يحتج به فى مواجهتها بل يبقى المتعاقد الأصلي مسئولاً شخصياً عن تنفيذ العقد أمامها .

(١) المكتب الفنى - مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة القضاء الادارى «هيئة العقود والتعويضات» من أول أكتوبر سنة ١٩٧٠ الى آخر سبتمبر ١٩٧١ - الناشر : الشركة المصرية للطباعة والنشر - ص ١٧٥ .

(٢) مشار الى هذا الحكم بمؤلف الدكتور/ شمس مرغنى «التحكيم فى منازعات المشروع العام» من ١٩٧٤ - ص ٣٠٩ - ٣١٠ .

★ مفاد ما تقدم أن التزامات المتعاقد مع الإدارة هي التزامات شخصية ، وقد نص على ذلك في المادة (٨٣) من قرار وزير المالية رقم (٥٤٢) لسنة ١٩٥٧ الصادر بلائحة المناقصات والمزايدات قبل تعديلها بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ . كذلك يحق للإدارة في حالة تقصير المتعاقد معها تقصيرا جسيما أن تقوم بالتنفيذ على حسابه أو إنهاء العقد ، فالعبرة في استخلاص إرادة الإدارة لا تقوم على أساس المعنى الحرفي لقرارها ، بل يجب الاعتداد بالآثار التي رتبها الإدارة على تصرفها عما قصده في الحقيقة . فمثلا إذا عبرت الإدارة عن تصرفها في بعض الأوراق بعبارة «الغاء العقد وإعادة تأجير المقصف على حساب المدعى عليه» فهذا يعني التنفيذ على حسابه ، مادامت قد اجتزأت الآثار التي تترتب على التنفيذ على حسابه . كما يجب انطواء عقد التوريد على حسن النية ، فلا يعوق التنفيذ أن يبرر الإخلال بشروط العقد ، أو التحلل من الالتزامات الناشئة عنه ، مجرد الخلاف على بعض الأمور أو على تفسير بعض الشروط إذا كان الخلاف يدور حول فروق مالية . ونضرب لذلك مثلا في أنه إذا تأخر استصدار إذن الاستيراد اللازم فإن ذلك لا يبرر فسخ العقد من جانب المتعهد ، سيما إذا قامت الإدارة بواجب التيسير وصدر الآن فعلا - وهذا الفسخ إن تم يجعل التأمين المدفوع من تلقاء نفسه من حق الإدارة طبقا لنصوص العقد^(١) .

القاعدة الرابعة عشر :

أثر التدليس والغش المفسد للرضا على المتعاقد في ظل أحكام القانون المدني :

نص القانون المدني القديم على أن «التدليس موجب لعدم صحة الرضا إذا كان رضا أحد المتعاقدين مترتبا على الحيل المستعملة له من المتعاقد الآخر بحيث لولاها لما رضى» . والنص الفرنسي لهذه المادة لم ترد فيه عبارة «من المتعاقد الآخر» ، ولكن النص العربي المذكور مطابق لنص الفقرة الأولى من المادة ١١١٦ من القانون الفرنسي .

ويجب لوجود التدليس أن يحصل بواسطة استعمال حيل . والقاضي هو الذي

(١) مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - السنة التاسعة - العدد الثالث - أول يونيو سنة ١٩٦٤ - من ٢٢ ، ٢٣ فهرس .

يبحث في كل حالة على حدة لمعرفة أن كان أحد العاقدین استعمل مع الآخر طرقا خدعه بها بحيث لولاها لما تعاقد معه ذلك الآخر .

ويجب أن تكون الحيل المستعملة عملت بنية سيئة ، ونفس كلمة «تدليس» تدل على أنه حاصل بقصد سييء ، أى بقصد غش الغير .

ويجب أن يكون أنه لولا الغش لما حصل العقد ، والمحكمة هي التي تقدر ذلك على حسب الأحوال .

ويجب أن يكون التدليس واقعا من المتعاقد الآخر كما تقدم ، وقد نصت على ذلك صراحة لمادة ١١١٦ فرنسي ، ونكر ذلك في القانون المدني القديم .

والتدليس الواقع من وكيل أحد العاقدین أو ممثله يعتبر في حكم التدليس الواقع من نفس الأصل .

وان كان العاقدون أكثر من اثنين واستعمل أحدهم وحده الغش على آخر منهم ، ولم يكن للباقيين دخل في التدليس ، فإنه لا يمكن ابطال العقد اذا كان ابطاله يضر بالعاقدین الذين ليس لهم دخل في التدليس . فاذا رضى شخص بعقد شركة بناء على تدليس وقع من أحد الشركاء وحده وبغير علم الباقيين لا يجوز له أن يطلب ابطال العقد ، وانما يجوز طلب تعويض ممن صدر منه الغش .

القاعدة الخامسة عشر :

سلطة التعديل في عقد الامتياز :

قضت محكمة القضاء الادارى في حكمها الصادر في ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧ بمابلى :

«اذا كان في مجال عقود الامتياز كما هو الشأن في سائر العقود الادارية يجب أن تقف سلطة الادارة في التعديل عند الحدود المعقولة والتي يتحملها المتعاقد ، وتهدف الادارة من التعديل صالح المرفق الذي يدار عن طريق الامتياز ، ولكنها اذا استهدفت مضايقة الملتزم حتى ينزل عن الالتزام لكي تتولى السلطة العامة ادارته بنفسها ، أو لتحل محل الملتزم الأول ملتزما جديد بشرط أكثر نفعا للادارة ، فإن تصرفها يغدو مشربا بعيب الانحراف بالسلطة (أحكام مستقرة) .

القاعدة السادسة عشر :

تفسير سلطة التعديل في عقود الأشغال العامة :

عقود الأشغال العامة تتمتع فيها الإدارة بسلطة واسعة فيما يتعلق بكل من الرقابة والتعديل ، وفي هذا العقد كما هو الحال في عقد الامتياز تتولى دفاتر الشروط ونصوص العقد تفصيل سلطة الإدارة في الرقابة والتعديل ، ولكن المسلم به أن تلك الشروط والنصوص كاشفة ومنظمة لا منشئة - ومن هنا يبرر محل العقد سلطات الإدارة الخطيرة لصلة الأعمال محل العقد بالمرفق العام^(١) .

وفي هذا تقول محكمة القضاء الإداري مايلي :

« وسلطة التعديل وإن كانت تشمل جميع العقود الإدارية بما فيها عقود الأشغال العامة ، فإنها تبدو من أبرز مظاهر سلطة الإدارة في التعديل .

القاعدة السابعة عشر :

تفسير المحكمة الإدارية العليا للنص المتعلق بحق الإدارة في زيادة كميات الأعمال في عقد الأشغال العامة دون أن يكون للمتعهد أو المقاول الحق في المطالبة بالتعويض اكتفاء بحقه المطالبة بما يقوم به بنفس الأسعار .

★ أن هذا الموضوع له أهمية كبيرة في مجال التطبيق العملي لكثرة شيوعه في المنازعات الإدارية - ولهذا نورد التفسير الذي انتهت إليه المحكمة الإدارية العليا في الطعن الذي حكم فيه في ٢٥ مارس سنة ١٩٧٨ حيث تقول :

« إذا نص عقد الأشغال العامة على حق الإدارة في زيادة كميات الأعمال بنسب معينة دون أن يكون للمتعهد أو للمقاول الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك ، فليس معنى هذا حرمانه من الحصول على قيمة ما يقوم به من تلك الأعمال ، والا كان معنى ذلك إثراء جهة الإدارة المتعاقدة على حساب المقاول دون سبب ، وكل ما يؤدي إليه تفسير هذا النص هو إلزام المقاول بأداء تلك الأعمال بنفس الأسعار التي تم الاتفاق عليها أصلا في العقد ، وعدم حقه في المطالبة بأي تعويض إضافي عن هذه الزيادة ، وكل ذلك مشروط بأن توفى الإدارة من جانبها بالالتزامات التي يفرضها العقد عليها . فإذا ما أخلت بالتزاماتها في هذا الشأن كان المقاول على حق

(١) محكمة القضاء الإداري في ٣٠ يونيو سنة ١٩٥٧ م .

فى طلب المحاسبة عن تلك الأعمال على أساس ما تحمله فعلا ، فضلا عن المطالبة بتعويض الأضرار التى تكبدها بسبب خطأ الإدارة .

وتتلخص وافعات الطعن فى أن العقد كان ينص على أن تورد الإدارة للمتعاقد كمية الحديد اللازمة للاشغال العامة بالسعر المتفق عليه ، ولكن عند طلب الكميات الزائدة لمواجهة زيادة كميات الأعمال لم تورد الإدارة للمقاول كميات الحديد اللازمة مما اضطره لشراؤها بسعر السوق ، فقضى له الحكم الطعين بالتعويض على أساس فرق السعر مع الأرباح القانونية .

القاعدة الثامنة عشر :

مدى مشروعية حق الإدارة فى تعديل العقد بمعرفة السلطة المختصة بالتعديل :

استقرت أحكام القضاء الفرنسى والمصرى على أنه فى الحالات التى يجوز للإدارة فيها أن تعدل من شروط العقد الإدارى يجب عليها أن تحترم فى اجراء هذا التعديل القواعد العامة للمشروعية الشكلية والموضوعية ، فيصدر التعديل من السلطة المختصة باجرائه وفقا للإجراءات الشكلية المقررة مع احترام المشروعية الموضوعية باحترام القانون واللوائح بحيث يكون للمتعاقد أن يتمسك ببطلان كل تعديل مخالف لهذه القواعد (قضاء مستقر)^(١) .

(١) جدير بالاحاطة أننا نرى أن تعديل الإدارة للعقود الإدارية يخضع لمبدأ المشروعية الشكلية من حيث الأداء التى تقوم بالتعديل ، وللمشروعية الموضوعية بما تقوم عليه من معنى خضوع الدولة للقانون ، وينطبق هذا الحكم على جميع تصرفات الدولة وما يتفرع عنها من أجهزة إدارية ، فمبدأ المشروعية يحكم القرارات التنظيمية العامة ، والقرارات الفردية الخاصة ، فضلا عن اتساعه ليحكم التصرفات الاتفاقية ومنها العقود الإدارية .

وجدير بالتكر أنه اذا خرجت الإدارة المتعاقدة عن مبدأ المشروعية متعلله بالسلطة التقديرية ، فانها بدورها تخضع لرقابة السلطة القضائية ، وذلك لأن السلطة التقديرية طبقا لأحكام المحكمة الإدارية العليا هى سلطة ملائمة لتحقيق الصالح العام وليست سلطة تعسفية أو تحكيمية ، وتجد حدها فى احترام المشروعية .

ولهذا فلقضاء الإدارى مراقبة سلطة الإدارة فى التعديل للتحقق من أن ما تجريه من تعديل العقد يكون لازما لتحقيق العدالة ولحسن سير المرافق العامة حسبما سبق بيونه .

الفصل الثاني

بعض قواعد تفسير الأحكام فى ظل القضاء الإدارى وقضاء محكمة النقض وطلب تفسير الحكم

المبحث الأول

قواعد تفسير الأحكام

القاعدة الأولى :

فى مجال تفسير الأحكام الصادرة فى منازعات العقود الإدارية يمكن تطبيق القواعد القانونية العامة الواردة بقانون المرافعات والتى تقرّر الأصل المتلق عليه وهو أن «حجية الأمر المقضى به» تثبت لمنطوق الحكم دون أسبابه ، إلا أن الأسباب قد تكون لها هذه الحجية إذا ارتبطت ارتباطا وثيقا بالمنطوق ، بحيث لا يقوم المنطوق بغير هذه الأسباب ، ومن ثم فإن هذه الأسباب تحوز ذات الحجية التى يحوزها المنطوق ، وعلى هذا المقتضى ، فإن منطوق الحكم مرتبطا بأسبابه يكون محلا للتفسير السليم^(١) .

★ وجدير بالإحاطة أننا نقصد بقواعد تفسير الأحكام تلك القواعد التى يجب أن لا ينحرف الحكم عنها لإتصالها بقواعد العدالة والمشروعية .
القاعدة الثانية :

من قواعد التفسير أن الغلط الذى من شأنه أن يعيب الإرادة ويؤثر فى صحة العقد ويجيز للمتعاقد الذى وقع فيه أن يطلب إبطال العقد بسببه ، يشترط فيه طبقا لحكم المائتين ١٢٠ ، ١٢١ من القانون المسمى أن يكون جوهريا ، ويكون كذلك إذا بلغ حدا من الجسامه بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط ، ويعتبر الغلط جوهريا إذا وقع فى صفة جوهرية للشئ فى نظر المتعاقدين ، ويجب اعتبار الأمر كذلك لما يلابس العقد من ظروف تقدر بقدرها ، ولما ينبغى فى التعامل من توافر حسن النية فإذا لم يكن ثمة غلط فى الصفة الجوهرية التى كانت محل اعتبار المتعاقدين فى الشئ وكانت ذاتية هذا

(١) المحكمة الإدارية العليا : الطعن رقم ١١٦٢ من ٣١ ق .

الشيء معروفة للمتعاقدين عند التعاقد على وجه محقق ، وتوافقت إرادة الطرفين على قبوله ، وهما على بينة من حقيقته فإنه لا يجوز إبطال العقد بسبب هذا الغلط^(١) وجدير بالحكم أن يعتد بذلك .

★ أما الشرط الثاني الذي يتوافر الغلط به فهو أن يتصل هذا الغلط الجوهرى بالمتعاقد الآخر فلا يستقل به أحد المتعاقدين . وأحكام الغلط التى أوردها القانون المدنى على هذا النحو لا تتعارض مع الأسس العامة للعقود الادارية ومن ثم يتعين الأخذ بها^(٢) .

القاعدة الثالثة :

تفسير مدى ضمان صلاحية البناء فى عقود الأشغال العامة :

وبالنسبة الى تعاقد المقاول مع الدولة للقيام بإنشاء أبنية لازمة لها ، مثل اقامة المدارس الحكومية ، فإن المقاول والمهندس يعتبران مسئولان عن صلاحيتها أمام الادارة مدة عشر سنين ، واغفال هذا النص فى عقد الاشغال العامة لا يخلى مسئوليتهما .

وفى ذلك تقول المحكمة الادارية العليا :

مدة ضمان المقاول لما يقيمه من مبانى أو منشآت هى عشر سنوات تبدأ من تاريخ تسليمه العمل الذى قام بتنفيذه الى صاحبه - لا عبرة فى هذا المجال بتاريخ التسليم المؤقت الذى يسبق المعاينة الأخيرة التى يعقبها التسليم النهائى ، ونتيجة لذلك فإن التسليم المؤقت لا يخل بضمان المقاول الذى يبدأ من تاريخ التسليم النهائى^(٣) .

★ ومن وجهة نظرنا نرى أن مدة الضمان غير كافية لاخلاء مسئولية كل من المقاول والمهندس وذلك على سند من أن العمر الافتراضى للعقار لا ينتهى بمضى مدة العشر سنوات - ولذلك نرى تعديل القانون بامتداد المسئولية لمدة تزيد عن العشر سنوات التى ينص عليها القانون .

(١) جدير بالذكر أن المادة (١٢٢) مدنى تنص على مايلى : يكون العقد قابلا للإبطال لغلط فى القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقا للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره .

(٢) المحكمة الادارية العليا : ٨٨٢ - ١٠ (١٩٦٨/٣/٢) ٦٢٥/٨٣/١٣ .

(٣) للمحكمة الادارية العليا : الطعن رقم ٤٤٥ ، ٦٠٤ لسنة ٢٧ القضائية .

القاعدة الرابعة :

لمحكمة الموضوع أن تفسر الأحكام التي يحتج بها لديها تفسيرها لسائر المستندات التي تقدم لها فتأخذ بما تراه مقصودا منها - بشرط أن تبين في أسباب حكمها الاعتبارات المؤدية الى وجهة نظرها^(١) .

★ ونكتفى بذكر هذه القاعدة لوضوحها .

القاعدة الخامسة :

سلطة قاضي الموضوع في تفسير الأحكام المقدمة له كمستندات في الدعوى هي كسلطته في تفسير العقود والأوراق الأخرى ، سلطة تامة لاتراقبه فيها محكمة النقض ، فله أن يفسرها على أي وجه تحتمله ألفاظها وأن لا يلتزم معناها الظاهر المتبادر للفهم مادام أنه يبنى تفسيره على اعتبارات معقولة مسوغة لعدوله عن هذا المعنى الظاهر الى المعنى الذي رآه هو مقصودا منها^(٢) .

★ ونكتفى بذكر هذه القاعدة لوضوحها .

القاعدة السادسة :

ان سلطة محكمة الموضوع في تفسير الأحكام التي يحتج بها لديها هي السلطة المخولة لها في تفسير سائر المستندات التي تقدم لها لللقاضي - اذا ما استند أمامه الى حكم - أن يأخذ بالتفسير الذي يراه مقصودا منه ، وليس عليه الا أن يبين في أسباب حكمه الاعتبارات التي استند اليها في التفسير الذي ذهب اليه^(٣) .

القاعدة السابعة :

الحكم التفسيري يعتبر جزءا متما للحكم الذي يفسره وليس حكما مستقلا ، فما يسرى على الحكم المفسر من قواعد الطعن بالطرق العادية أو غير العادية يسرى عليه ، سواء أكان هو في تفسيره قد مس الحكم المفسر بنقص أو بزيادة أو بتعديل فيما قضى به معتبرا بذلك على قوة الشيء المحكوم فيه ، أم كان لم يمس به بأي تغيير مكتفيا بتوضيح - أبهم منه .

(١) الطعن بالنقض رقم ٥٤ - سنة ٢ ق - جلسة ١٩٣٢/١١/٢٤ .

(٢) الطعن بالنقض رقم ٤٩ - سنة ٢ ق - جلسة ١٩٣٢/١٢/١ .

(٣) الطعن بالنقض رقم ٣ - سنة ٨ ق ع جلسة ١٩٨٣/٦/٩ .

وتقول المحكمة :

إن الحكم التفسيري الذي يزيد أو ينقص فيما قضى به الحكم المفسر يجوز الطعن فيه بطريق النقض من جهة أنه خالف القانون باعتدائه على قوة الشيء المحكوم فيه وذلك إذا كان الحكم المفسر صادرا من محاكم الاستئناف طبقا للمادة التاسعة من قانون النقض . وأما إذا كان الحكم المفسر صادر من المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية فإنه طبقا للمادة العاشرة من هذا القانون ، لا يجوز الطعن فيه ، ولا في الحكم التفسيري تبعا له بطريق النقض الا إذا كان صادرا في قضية وضع يد ، أو في مسألة اختصاص وكان مبنيا على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله ، وعلى ذلك فلا يقبل الطعن في الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية تفسيرا للحكم الصادر منها بتعيين حارس قضائي بمقولة أنه جاء على خلافه ومن قوة الشيء المحكوم فيه^(١) .

القاعدة الثامنة :

لما كان الحكم المطلوب تفسيره قد قضى بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه حتى يفصل في الطعن وكان هذا الحكم لا يشوبه غموض ولا ابهام فهو بحسب صريح لفظه وواضح مدلوله انما يسرى على ما لم يكن قد تم قبل صدوره من اجراءات للتنفيذ ، لأن ما تم لا يتصور وقفه ، ولأن الشارع انما قصد بالمادة (٤٢٧) مرافعات قديم تفادي الضرر قبل وقوعه ولا يمكن الغاء ما تم من التنفيذ الا بنقض الحكم المطعون فيه ، وهذا يختلف تماما عن حكم وقف التنفيذ موضوعا وسببا وأثرا ، لما كان ذلك ، فان طلب التفسير يكون غير مقبول^(٢) .

وتكتفى بنكر هذه القاعدة لوضوحها ،

القاعدة التاسعة :

منى كان الحكم المطلوب تفسيره واضحا لا يحتاج الى تفسير ويفيد بجلاء أن المحكمة لم تر اجابة طلب معين ورفضته ، وكان الحكم المطعون فيه قد فسر الحكم السابق بأنه لم يرفض الطلب المذكور ، بل قبله فان المحكمة تكون قد جاوزت سلطتها في التفسير وأخطأت في تطبيق القانون^(٣) .

(١) الطعن بالنقض رقم ٢٤ لسنة ٣ ق - جلسة ١٩٣٣/١٠/٢٦ .

(٢) الطعن بالنقض رقم ١١٥ لسنة ٢٤ ق - جلسة ١٩٥٤/٥/١٣ .

(٣) الطعن بالنقض رقم ١٨ لسنة ٢٢ ق - جلسة ١٩٥٤/١٢/٢٣ .

* يلاحظ على ما جاء بالقاعدة الخامسة حيث أن المستقر في القضاء الإداري حسبما سبق بيانه أنه لا يترتب على الطعن وقف تنفيذ الحكم الا اذا أمرت محكمة الطعن بغير ذلك أخذا بقاعدة الأثر غير الواقف للطعن .

القاعدة العاشرة :

الحكم الصادر بالتفسير أو التصحيح يعتبر من كل الوجوه متمما للحكم الذي يفسره أو يصححه فيسرى عليه ما يسرى على الحكم المنكور الذي صدر أولا في الدعوى^(١) .

القاعدة الحادية عشر :

مناط الأخذ بحكم المادة (٣٣٦) مرافعات قديم أن يكون الطلب بتفسير ما وقع في منطوق الحكم من غموض أو ابهام حتى يمكن الرجوع الى المحكمة التي أصدرته بطلب يقدم لها بالأوضاع المعتادة غير محدد بموعد يسقط بانقضائه الحق في تقديمه ، أما اذا كان قضاء الحكم واضحا لا يشوبه غموض ولا ابهام فإنه لا يجوز الرجوع الى المحكمة لتفسير هذا القضاء حتى لا يكون التفسير ذريعة للرجوع عنه والمساس بحجيته وانما يكون السبيل الى ذلك الطعن فيه خلال الميعاد المحدد باحدى طرق الطعن القابل لها^(١) .

(ويلاحظ أن المادة ٣٦٦ قديم) تقابل المادة (١٩٢) من القانون ١٣ لسنة ١٩٦٨) .

القاعدة الثانية عشر :

متى كان الحكم قد التزم في تفسير قضاائه الحكم المفسر دون أن يمسّه بالتعديل فإن النعى عليه يمسخ الحكم المفسر وبإهدار حجبيته يكون على غير أساس^(٣) .

القاعدة الثالثة عشر :

ان سلطة محكمة الموضوع في تفسير الاحكام التي يحتج بها لديها هي وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة كسلطتها في تفسير سائر المستندات الأخرى التي يقدمها الخصوم في الدعوى ، فلها اذا احتج أمامها بحكم أن تأخذ بالتفسير الذي تراه مقصودا منه ، دون أن تلتزم عباراته الظاهرة مادامت تبني تفسيرها على اعتبارات مسوغة^(٤) .

(١) الطعن بالنقض رقم ٥٣٦ لسنة ٢٦ ق - جلسة ١٩٦٢/٦/٢١ من ١٣ من ١٣٧ .

(٢) الطعن بالنقض رقم ٣٦٦ لسنة ٣٠ ق - جلسة ١٩٦٥/١٢/٢٨ من ١٦ من ١٣٣٩ .

(٣) الطعن رقم ٣٦٦ لسنة ٣٠ ق - جلسة ١٩٦٥/١٢/٢٨ من ١٦ من ١٣٣٩ .

(٤) الطعن بالنقض رقم ٣٧ لسنة ٣٤ ق - جلسة ١٩٦٧/٦/١٣ من ١٨ من ١٢٥٢ .

القاعدة الرابعة عشر :

قضت محكمة النقض بمايلي :

تنص المادة (١/١٩٢) من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ - المقابلة للمادة (٢٦٦) من قانون المرافعات السابق - على أنه يجوز للخصوم أن يطلبوا الى المحكمة التي أصدرت الحكم تفسير ما وقع في منطوقه من غموض أو ابهام ، ويقدم الطلب بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى ، والمستفاد من صريح هذا النص - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن مناط الأخذ به أن يكون الطلب بتفسير ما وقع في منطوق الحكم من غموض أو ابهام ، أما اذا كان قضاء الحكم واضحا ، لا يشوبه غموض ولا ابهام ، فانه لا يجوز الرجوع الى المحكمة لتفسير هذا القضاء حتى لا يكون التفسير ذريعة للرجوع عنه وللمساس بحجيته^(١) .

القاعدة الخامسة عشر :

استقرت أحكام النقض على أنه لمحكمة الموضوع السلطة في تفسير العقود ، والاقرارات ، والاتفاقات ، وسائر المحررات :

وفي ذلك تقول المحكمة :

من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في تفسير الاقرارات ، والاتفاقات ، وسائر المحررات ، والعقود ، بما تراه أوفى الى نية المتعاقدين أو أصحاب الشأن فيما تستهدفه بوقائع الدعوى وظروفها ، ومادامت لم تخرج في تفسيرها عن المعنى الذي تحتمله عبارة المحرر ، وكان ما انتهى اليه من ذلك سائغا ومقبولا ، كما أن تفسير العقود يخضع للتكييف القانوني الصحيح طبقا لما قصده المتعاقدان ، وان انزال حكم القانون على المحرر هو مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض^(٢) .

★ ويمكن الاستهداء بهذا الحكم أمام القضاء الاداري لأهميته من الناحية العملية .

(١) الطعن بالنقض رقم ١١٤ سنة ٤٠ ق - أحوال شخصية - جلسة ١٩/٤/١٩٧٧ س ٢٣ ص ٧٣٩ .

(٢) الطعن بالنقض رقم ١٢٧٦ لسنة ٤٧ ق - مشار اليه بالاحكام الصادرة من الهيئة المدنية للمواد المدنية - السنة ٣٥ ق - الجزء الثاني من يوليو ١٩٨٤ الى ديسمبر ١٩٨٤ م .

القاعدة السادسة عشر :

طبيعة الحكم بعدم الاختصاص والاحالة :

تتلخص القاعدة في انصراف الحكم بعدم الاختصاص الولائي لمحاكم القضاء المدني في أصل المنازعة وبالحالة التي كانت عليها وقت رفعها ابتداء - مؤدى ذلك ولازمه أن تعود المنازعة مبتدأة بين أطرافها جميعا على النحو الوارد بعريضتها أمام جهة الاختصاص بنظرها قانونا ويعتبر الاختصاص الولائي مطروحا دائما على المحكمة ويجب عليها أن تتصدى له قبل الفصل في أى دفع أو أوجه دفاع^(١) .

القاعدة السابعة عشر :

حدود سلطة المحكمة في نطاق التكليف :

وتتلخص القاعدة في أنه للمحكمة أن تنزل التكليف القانوني الصحيح على الطلبات المقدمة في الدعوى ويتعين ألا تخوص في تلك الطلبات على نحو يخرجها عن حقيقة مقصود المدعين^(٢) .

القاعدة الثامنة عشر :

الطعن في الأحكام وسلطة المحكمة الإدارية العليا ومدى تقيدها بأسباب الطعن ، وحققها في التصدى للحكم في الموضوع :

وتتلخص هذه القاعدة في أن الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا لا يغل يدها في أعمال رقابتها في وزن الحكم بميزان القانون دون التقيد بالأسباب المبداء بتقرير الطعن دون غيرها^(٣) .

تعليق :

نضيف الى هذه القاعدة أن المحكمة الإدارية العليا هي محكمة وقائع وقانون أى يمكن اعتبارها محكمة استئناف ونقض في آن واحد ، ومن حقها أن تتصدى للموضوع وتحكم فيه .

(١) الطعن رقم ١٢٥٢ لسنة ٣٣ ق - جلسة ٣ من ديسمبر سنة ١٩٨٨ - بند ٣٥ ص ٢٣٤ .

(٢) نقض المرجع السابق ونفس الصفحة سالفة التكرار .

(٣) الطعن رقم ٣١٣٠ لسنة ٢٩ ق - جلسة ٢٨ من يناير سنة ١٩٨٩ بند (٧١) - مشار اليه

بالمرجع السابق ص ٤٦٩ .

وبذلك بعكس محكمة النقض فهي محكمة قانون فإذا نقضت الحكم فإنها تحيل الدعوى الى المحكمة المختصة لتعيد النظر على أساس ما ارتأته محكمة النقض - غير أننا نتحفظ اذ نقول : أنه اذا كان الموضوع صالحا للفصل فيه فإنها لا تكتفى بنقض الحكم والاحالة بل تتصدى للحكم فى الموضوع ، كذلك من حقها أن تتصدى للموضوع وتفصل فيه اذا كان الطعن للمرة الثانية ورأت المحكمة نقض الحكم المطعون فيه وجب عليها أن تحكم فى الموضوع وذلك طبقا للفقرة الأخيرة من المادة ٢٦٩، من قانون المرافعات (★) .

القاعدة التاسعة عشر :

قيام جهة الادارة بتنفيذ الحكم المطعون فيه يتم درءا لمسئوليتها عن الامتناع عن تنفيذ حكم واجب النفاذ دون أن يتعدى ذلك الى اعتبار ما تم رضاء بالحكم مانعا من الطعن فيه فى مفهوم نص المادة (٢١١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية ، مؤدى ذلك أن يصير الدفع بعدم قبول الطعن لقيام جهة الادارة بتنفيذ الحكم المطعون فيه فى غير محله :

وتقول المحكمة :

ومن حيث أنه عن الدفع بعدم قبول الطعن لقيام الجهة الادارية بتنفيذ الحكم المطعون فيه فان هذا الدفع مردود بأن قيام جهة الادارة بتنفيذ الحكم المطعون فيه انما يتم بالتطبيق لنص الفقرة الأولى من المادة (٥٠) من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ، والتي تنص على أنه لا يترتب على الطعن فى الحكم أمام المحكمة الادارية العليا وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه الا اذا أمرت دائرة فحص الطعون بغير ذلك ، ومن ثم فان قيام جهة الادارة والحال هذه بتنفيذ الحكم انما تم درءا لمسئوليتها عن الامتناع عن تنفيذ حكم واجب النفاذ دون أن يتعدى أثر ذلك الى اعتبار ما تم رضاء بالحكم مانعا من الطعن فيه فى مفهوم نص المادة ٢١١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية ثم يغدو الدفع فى هذا الشأن غير قائم على صحيح سنده متعين الرفض^(١) .

(١) الطعن رقم ٢٦١٥ لسنة ٣١ ق - جلسة ٥ من فبراير سنة ١٩٨٩ - بند (٨٠) مشار اليها بالمرجع السابق ص ٥٢٩ .

(★) مما تجدر الإشارة اليه أنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد نقض لمخالفة الاختصاص تقتصر المحكمة على الفصل فى مسألة ، الاختصاص وعند الاقتضاء تعين المحكمة المختصة التى يجب التداعى اليها بإجراءات جديدة

المبحث الثاني

طلب تفسير الحكم وتطبيقات قضائية من أحكام النقض وأحكام القضاء الإداري

يقصد بتفسير الحكم ، أن يكون به غموض يستدعى أن يرجع الخصم في شأنه إلى المحكمة لجلاء ما غم في فهمه ولا ولاية للمحكمة في تفسير حكم مقرر لها كمستند في الدعوى .

وفي ذلك تنص المادة (٣٦٦) من قانون المرافعات «القديم» على أنه :

«يجوز للخصوم أن يطلبوا من المحكمة التي أصدرت الحكم تفسير ما وقع في منطوقه من غموض أو إبهام . ويقدم الطلب بالأوضاع المعتادة لرفع الدعاوى .

وتنص المادة (٣٦٧) من ذات القانون على أنه :

«الحكم الصادر بالتفسير يعتبر من كل الوجوه متمما للحكم الذي يفسره . ويسرى عليه ما يسرى على هذا الحكم من القواعد الخاصة بطرق الطعن العادية وغير العادية، ولا يعتبر الحكم الصادر بالتفسير معدلا للحكم الأول ، بل متمما له ، فإذا جاوزت المحكمة ولايتها من التفسير إلى التعديل كان حكمها مخالفا للقانون^(١) .

★ ومن المقرر وطبقا لأحكام النقض : أن لمحكمة الموضوع أن تفسر الأحكام التي تقدم إليها فتأخذ بما تراه مقصودا منها بشرط أن تبين في أسباب حكمها الاعتبارات التي استندت إليها في التفسير .

★ ويجب استظهار دعوى التفسير على أساس ما قضى به الحكم المطلوب تفسيره إن كان ثمة وجه قانوني للتفسير دون مجاوزة ذلك إلى تعديل ما قضى به ، فلا تعمل ولايتها خارج هذه الحدود حتى لا تمس حجية الشيء المقضي به للحكم المطلوب تفسيره وحتى يتسنى تنفيذ الحكم دون تعارض ما بين ما صدر به وما أعيد تفسيره ، وفي ذلك تقول محكمة النقض :

«الحكم التفسيري يعتبر جزءا متمما للحكم الذي يفسره وليس حكما مستقلا ، فما يسرى على الحكم المفسر من قواعد الطعن بالطرق العادية أو غير العادية

(١) المحكمة الإدارية العليا في ٥ من نوفمبر سنة ١٩٥٥ - السنة الأولى رقم (٥) من ٢٧ .

فما يسرى على الحكم المفسر من قواعد الطعن بالطرق العادية أو غير العادية يسرى عليه ، سواء أكان هو في تفسيره قد مس الحكم المفسر بنقص أو بزيادة أو بتعديل،^(١) .

★ كذلك جاء بحكم محكمة القضاء الإداري مايلي :

... التفسير لا يكون الا في حالة الغموض في منطوق الحكم أو في أسبابه الجوهرية غموضا يغلغ سبيل تفهم المعنى المراد فيلجأ الخصم الى المحكمة التي أصدرته لتجلى بحكم جديد ما وقعت فيه من غموض لا يؤدي الى فهم الغرض المقصود...^(٢) .

★ كما تضمن حكم المحكمة الإدارية العليا مايلي :

.... والتفسير تختص به المحكمة التي أصدرت الحكم لأنها الأقدر على فهم مقصوده وتحديده وإزالة ما قد يثور من غموض . ولو تغير الاختصاص بعد صدور الحكم.....^(٣) .

وقد اشترط كذلك لقبول طلب التفسير أن يكون الحكم المراد تفسيره حكما موضوعيا وذلك لأنه لا جدوى من تفسير قضاء غير ملزم لا يحوز حجيته . الا أنه من الأحكام الفرعية ، ما قد يتطلب التفسير كالحكم بنصب خبير اذا كان هناك غموض في بيان مهمته .

ولا يجب أن يقيم بالتفسير نفس القضاة الذين أصدروا هذا الحكم^(٤) اذ لا يتعلق الأمر بالبحث عن أى ارادة لديهم ، وانما يتعلق الأمر بتفسير موضوعي . ويصدر قرار التفسير بناء على طلب يقدم - دون تقيد بميعاد - بالاجراءات العادية لرفع الدعوى من أى من الخصوم ، سواء من صدر الحكم لصالحه أو من صدر ضده ، ووفقا للمادة ١٩٢ مرافعات لا يقبل الطلب الا اذا تعلق بتفسير المنطوق ، على أنه يجب ألا يؤخذ الأمر على نحو شكلي اذ المنطوق قد يوجد في الواقع أو الأسباب بحيث تكون هذه جزء لا يتجزأ من المنطوق .

(١) محكمة النقض - الدائرة المدنية - في ٢٦ من أكتوبر ١٩٣٣ - جدول الخمس والعشرين سنة - تفسير الأحكام - رقم (٢٨٤) صفحة ٥٧٧ .

(٢) محكمة القضاء الإداري في ٥ من ابريل السنة الثامنة رقم ٥٩٥ - ص ١١٦٢ .

(٣) المحكمة الإدارية العليا في ١٤ من فبراير ١٩٥٩ - السنة الرابعة رقم ٦٣ ص ٧٦٩ .

(٤) الدكتور/ فتحي والى الوسيط في قانون القضاء المدني، الطبعة الثانية - ص ١٩٨١

ص ٧٢١ - ٧٢٢ .

ومن ناحية أخرى ، لا يقبل الطلب اذا كان قضاء المحكمة واضحا لا يشوبه غموض . وذلك حتى لا يمس الطلب ما للحكم من حجية ، ويكون نطاق الخصومة مقصورا على ما يتعلق بتفسير الحكم ، فليس للخصوم أن يجادلوا في المسائل القانونية التي بت فيها الحكم المطلوب تفسيره أو أن يتمسكوا بدفوع لا علاقة بها في الحكم من غموض .

ولا تطبق المحكمة ، وهي تقوم بالتفسير ، قواعد تفسير التصرف القانوني ولا القواعد المقررة لتفسير التشريع ، وإنما تفسر الحكم تفسيراً منطقياً بالنظر الى أسباب الحكم وعناصره الأخرى وبافتراض أن المحكمة لا يمكن أن تكون قد خالفت القانون في حكمها المطلوب تفسيره . فإن لم تكف عناصر الحكم لتفسيره ، فيمكن الالتجاء الى عناصر أخرى في القضية كطلبات الخصوم والأوراق المقدمة في الخصومة .

وفي جميع الأحوال ، يجب على المحكمة أن تعمل على الكشف عن التقدير الذي يتضمنه الحكم فلا تتخذ التفسير وسيلة لتعديل حكمها أو الحذف منه أو الاضافة اليه .

ويعتبر الحكم الذي يصدر بالتفسير مكملًا للحكم الذي فسر . .

والتفسير ينصب في الأصل على منطوق الحكم فقط ، ولكنه قد يجاوزه الى ما ارتبط به من أسباب جوهرية وهو يقف عند حد ما أبهم بالفعل بحسب تقدير المحكمة اذا ما التبس على نوى الشأن فهمه بالرغم من وضوحه^(١) .

تعليق :

★ جدير بالاحاطة أننا قد سلطنا الضوء على القواعد المتعلقة بتفسير العقود الادارية بصفة خاصة ، وتفسير الأحكام بصفة عامة ، لأننا نرى أن الكثير من الأحكام المتعلقة بمنازعات العقود الادارية تدور في فلك الخلافات حول التفسير ، نظرا

(١) نورد فيما يلي حكما هاما للمحكمة الادارية العليا صدر في ٢٥ يناير ١٩٥٨ - السنة الثالثة رقم ٧٤ - ص ٦٥٩ والتي بلورت فيه قواعد التفسير اذ تقرر : أن المشرع أجاز في المادة ٣٦٦ من قانون المرافعات «القديم» للخصوم أن يطلبوا من المحكمة التي أصدرت الحكم تفسير ما وقع في منظوفة من غموض أو ابهام وذلك بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى ، ونص في المادة ٣٦٧ من القانون المشار اليه على أن الحكم الصادر بالتفسير يعتبر من كل الوجوه متمما للحكم الذي يفسره أي ليس حكما مستقلا .

نُتَّسَعِب المبادئ والقواعد اللى تُحَكِّم العُقْد الإدارى ، وما يحيط به من نظريات مختلفة ، وقواعد متشعبة ، لاسيما فيما يتعلق بتكليف العقد ، وماذا كان مدنيا أو إداريا ، ومدى حق الإدارة فى تعديله ، وأساس التعويض ، وماذا كان يتم طبقا لنظرية فعل الأمير والتوازن المالى للعقد ، أو طبقا لنظرية الظروف الطارئة ، ومدى الأخذ بآراء الفقه ، وأحكام القضاء المدنى .



الباب السادس

القواعد العامة للاختصاص القضائي مع التركيز على اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية ،
وينظر الطلب المستعجل المتفرع عن عقد إداري ، وينظر
دعوى اثبات الحالة ، وباشكالات التنفيذ ، ودور التحكيم
في المنازعات التي تنشأ بين الأجهزة العامة بالدولة

الباب السادس

القواعد العامة للاختصاص ، مع التركيز على اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية ، وينظر الطلب المستعجل المتفرع عن عقد إداري ، وينظر دعوى اثبات الحالة وباشكالات التنفيذ ، ودور التحكيم في المنازعات التي تنشأ بين الأجهزة العامة للدولة

الفصل الأول

القواعد العامة للاختصاص

المبحث الأول

تعريف الاختصاص

نبين أنواع الاختصاص على النحو التالي :

(أ) الاختصاص الولائي أو الوظيفي هو تحديد ولاية جهات القضاء المختلفة بنظر نزاع معين .

(ب) الاختصاص النوعي هو الخاص بتعدد طبقات المحاكم وهو أمر تقتضيه اعتبارات متعددة هي وجوب توافر محكمة عليا تشرف على صحة تطبيق القانون وتعمل على توحيد القضاء في المسائل القانونية وتخصيص محاكم للفصل في القضايا الكبيرة الأهمية وأخرى للفصل في القضايا القليلة الأهمية ، وتخصيص محاكم للفصل في الدعوى بصفة ابتدائية ومحاكم للنظر في الدعوى بصفة استئنافية .

(ج) الاختصاص القيمي هو المتعلق بقيمة الدعوى والذي يجعل المحكمة الجزئية أو الابتدائية هي المحكمة بنظر الدعوى تبعاً لقيمتها^(١) .

(★) تراجع التعديلات الواردة على قانون المرافعات المدنية والتجارية .

(١) تنص المادة (١٠٨) من قانون المرافعات على مايلي :
«الدفع بعدم الاختصاص المحلي والدفع باحالة الدعوى الى محكمة أخرى لقيام النزاع أمامها أو -

(د) ويترتب على اعتبار قواعد الاختصاص المتعلقة بالوظيفة والاختصاص
القيمي من النظام العام مايلي :

- (١) لا يجوز اتفاق الخصوم على رفع النزاع الى جهة قضاء غير مختصة به .
- (٢) يجوز للمدعى والمدعى عليه الدفع بعدم الاختصاص فى أية حالة تكون عليها
الدعوى ولا يتقيد المدعى بالقبول الضمنى المستفاد من رفعه الدعوى .
- (٣) يتعين على النيابة العامة اذا تدخلت فى الدعوى كطرف منضم أن تتمسك
بعدم الاختصاص المتعلق بالنظام العام ولو لم يدفع به أحد الخصوم .
- (٤) على المحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بانتفاء ولايتها ولو أغفل الخصوم
والنيابة التمسك بعدم الاختصاص .

= للارتباط والدفع بالبطلان وسائر الدفوع المتعلقة بالاجراءات يجب ابدؤها معا قبل ابداء اى رأى أو
طلب أو دفاع فى الدعوى أو دفع بعدم القبول والا سقط الحق فيما لم يبد منها . ويسقط حق الطاعن
فى هذه الدفوع اذا لم يبدها فى صحيفة الطعن .

ويحكم فى هذه الدفوع على استقلال مالم تأمر المحكمة بضمها الى الموضوع ، وعندئذ تبين
المحكمة ما حكمت به فى كل منها على حدة .
ويجب ابداء جميع الوجوه التى يبنى عليها الدفع المتعلق بالاجراءات معا والا سقط الحق فيما
لم يبد منها .

وتنص المادة (١٠٩) من قانون المرافعات على مايلي :

الدفع بعدم اختصاص المحكمة لانتهاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها تحكم به المحكمة
من تلقاء نفسها .

ويجوز الدفع فى أية حالة كانت عليها الدعوى .

وتنص المادة (١١٠) من قانون المرافعات على مايلي :

على المحكمة اذا قضت بعدم اختصاصها أن تأمر بإحالة الدعوى بحالتها الى المحكمة المختصة ،
ولو كان عدم الاختصاص متعلقا بالولاية ، ويجوز لها عندئذ أن تحكم بغرامة لا تتجاوز عشرة
جنيهات وتلتزم المحكمة المحال اليها بنظرها .

وتنص المادة (١١١) من قانون المرافعات على مايلي :

اذا اتفق الخصوم على التقاضى أمام محكمة غير المحكمة المرفوع اليها الدعوى جاز للمحكمة
أن تأمر بإحالة الدعوى الى المحكمة اتفقوا عليها .

وتنص المادة (١١٢) من قانون المرافعات على مايلي :

اذا رفع النزاع ذاته الى محكمتين وجب ابداء الدفع بالإحالة أمام المحكمة التى رفع اليها النزاع
أخيرا للحكم فيه .

وإذا دفع بالإحالة للارتباط جاز ابداء الدفع أمام أى من المحكمتين . وتلتزم المحكمة المحال اليها
الدعوى بنظرها .

(٥) يجوز الادلاء بالدفع طبقاً للقواعد التقابلية سالفة الذكر في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو بعد صدور حكم فرعى أو في شق من الموضوع حتى ولو أصبح هذا الحكم أو ذاك غير قابل للطعن فيه ويجوز ابداء الدفع لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية أو أمام محكمة النقض^(١) .

ونرى أن هذه القاعدة يمكن أن تطبق أمام المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة في الحدود القانونية السابقة باعتبار أنها تحكم الحكم المطعون فيه من زاويتي الوقائع والقانون ، أي يمكن اعتبارها محكمة إستئناف ونقض في آن واحد .

المبحث الثاني

تطبيقات من أحكام النقض بشأن الاحالة للمحكمة المختصة

القاعدة الأولى :

امتناع القضاء العادي التصدي للقرار الإداري :

جاء بحكم المحكمة مايلي :

لئن كان يمتنع على المحاكم المدنية بنص المادة ١٥ من قانون السلطة القضائية رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ أن تتعرض لتفسير الأمر الإداري أو تأويله وكانت المادة التاسعة من قانون تنظيم مجلس الدولة رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ (الذي حل محله القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢) خولته لمحكمة القضاء الإداري بالمجلس دون سواها ، إلا أنه لما كان القانون لم يعرف القرارات الإدارية ولم يبين الخصائص التي تميزها والتي يهتدى بها في القول بتوافر الشروط اللازمة لها ولحصانتها من تعرض السلطة القضائية العادية لها بتعطيل أو تأويل ، فإن من وظيفة المحاكم المدنية أن تعطى هذه القرارات وصفها القانوني على هدى من حكمة التشريع ومبدأ الفصل بين السلطات وحماية الأفراد وحقوقهم توصلنا إلى تحديد اختصاصها للفصل في النزاع المعروض عليها^(٢) .

(١) راجع دكتور/ أبو الوفا : «نظرية الدفوع» - ص ١٦٠ - مشار إليه بمؤلف : المستشار/ عز الدين الدناصوري والأستاذ/ حامد عكاز «التعليق على قانون المرافعات» - ص ١٩٨٢ - ص ٢٩٠ - ٢٩١ .

(٢) الطعن بالنقض رقم ٣٨٠ لسنة ٤٣ ق - جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠ - سنة ٢٨ ص ٨٣٧ .
وجدير بالذكر أن المحكمة الإدارية العليا عرفت القرار الإداري بمايلي .

«القرار الإداري هو إفصاح الإدارة في الشكل الذي يتطلبه القانون ، عن إرادتها الملزمة بمالها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد إحداث مركز قانوني معين يكون ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباعث عليه إبتغاء مصلحة عامة» .

القاعدة الثانية :

القوانين المعدلة للاختصاص :

جاء بحكم المحكمة مايلي :

المقصود بالقوانين المعدلة للاختصاص في معنى المادة الأولى من قانون المرافعات هي تلك التي تغير الولاية القضائية أو الاختصاص النوعي أو القيمي أو المحلي دون القوانين التي تلغى محكمة أو تزيل جهة قضاء فان هذا الالغاء يحدث أثره حتما بمجرد نفاذ القانون مالم ينص على غير ذلك^(١) .

القاعدة الثالثة :

(إحالة الدعوى الى المحكمة المختصة بحالتها ولو كان الأمر متعلقا بالولاية) :

جاء بحكم المحكمة مايلي :

مفاد النص في المادة ١١٠ من قانون المرافعات على أن وعلى المحكمة اذا قضت بعدم اختصاصها أن تأمر بإحالة الدعوى بحالتها الى المحكمة المختصة ولو كان عدم الاختصاص متعلقا بالولاية، وعلى أن تلتزم المحكمة المحال اليها الدعوى بنظرها وأن يعتد أمام هذه المحكمة الأخيرة بما تم من إجراءات أمام المحكمة التي رفعت اليها الدعوى ومن ثم فان ما تم صحيحا من إجراءات قبل الإحالة يبقى صحيحا وتتابع الدعوى سيرها أمام المحكمة التي أحيلت اليها من حيث انتهت إجراءاتها أمام المحكمة التي أحالتها...^(٢) .

القاعدة الرابعة :

(إحالة الدعوى الى المحكمة المختصة ينصرف الى ماتم من إجراءات) :

جاء بحكم المحكمة مايلي :

أن عبارة (الأمر بإحالة الدعوى بحالتها الى المحكمة المختصة، المشار اليها في صدر المادة ١١٠ من قانون المرافعات تنصرف الى ما يكون قد تم من الإجراءات

(١) الطعن بالنقض رقم ١٠٢ لسنة ٤٠ ق - جلسة ١٩٧٦/١١/١٧ - سنة ٢٧ ص ١٥٩٤ .

(٢) الطعن بالنقض رقم ٦٦٨ لسنة ٤٢ ق - جلسة ١٩٧٧/٣/١٦ - سنة ٢٨ ص ٦٨١ .

فى الدعوى فى ظل قانون المحكمة التى رفعت إليها ابتداء قبل إحالتها إلى المحكمة المختصة دون أن تتصرف إلى الحقوق أو الدفوع الموضوعية التى تنظمها القوانين الموضوعية دون قانون المرافعات الذى ينظم الإجراءات^(١) .

القاعدة الخامسة :

(الوضع بالنسبة للدعوى التى عدل القانون اختصاصها النوعى) :

جاء بحكم المحكمة مايلى :

نصت المادة ٢ من القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون المرافعات القائم على حكم وقتى فى شأن الدعوى التى تعدل اختصاصها النوعى بموجب هذا القانون ، «اذ قالت» على المحاكم أن تحيل بدون رسوم ومن تلقاء نفسها ما يوجد لديها من دعوى أصبحت من اختصاص محاكم أخرى بمقتضى أحكام هذا القانون ، وذلك بالحالة التى تكون عليها ، ولا تسرى أحكام الفقرة السابقة على الدعوى المحكوم فيها أو الدعوى المؤجلة للنطق بالحكم بل تبقى خاضعة لأحكام النصوص القديمة ومؤدى ما سلف أن تنتقل منازعات التنفيذ من ولاية قانون المرافعات القديم إلى ولاية القانون الجديد وتحال حتما من المحكمة الابتدائية إلى قاضى التنفيذ التى أصبحت من اختصاصه ، طالما أنه لم يحكم فيها أو تأجلت للحكم^(٢) .

القاعدة السادسة :

إمكان رفع دعوى بطلان أصلية أو الدفع بالبطلان إذا تجرد الحكم من أركانه الأساسية :

وتقول المحكمة :

أن القاعدة أن الحكم القضائى متى صدر صحيحا يظل منتجا لكافة آثاره فيمتنع بحث أسباب العوار التى تلحقه إلا عن طريق التظلم منه بطرق الطعن المناسبة ، ولا سبيل لإهدار حجية هذه الأحكام بدعوى بطلان أصلية أو الدفع بهذا البطلان فى دعوى أخرى ، ومن المسلم به استثناء من هذا الأصل العام فى بعض الصور ، القول بإمكان رفع دعوى بطلان أصلية أو الدفع بذلك ، إذا تجرد الحكم من أركانه الأساسية

(١) الطعن بالنقض رقم ١١٤ لسنة ٤٤ ق - جلسة ١٩٧٧/٥/٢ سنة ٢٨ من ١١:٤ .

(٢) الطعن بالنقض رقم ١٨ لسنة ٤٠ ق - جلسة ١٩٧٥/٣/٥ سنة ٢٦ من ٥٤٠ .

بحيث يشوبه عيب جوهري جسيم يصيب كيانه وينال منه ويفقده صفته كحكم ويحول دون اعتباره موجودا منذ صدوره ، فلا يستنفذ القاضي سلطته ولا يرتب الحكم حجية الأمر المقضى ولا يرد عليه التصحيح ، لأن المعلوم لا يمكن رأب صدعه ، ومن قبيل ذلك صدور الحكم على من ثبت وفاته قبل رفع الدعوى .

القاعدة السابعة :

الدفع بعدم الاختصاص لانتفاء الولاية :

الدفع بعدم اختصاص المحكمة لانتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها نحكم به المحكمة من تلقاء نفسها - ويجوز الدفع به في أية حالة كانت عليها الدعوى^(١) .

القاعدة الثامنة :

الاحالة لعدم الاختصاص المتعلقة بالولاية ليست مقصورة على جهتي القضاء العادي والاداري بل ينطبق اذا كانت الدعوى داخله في اختصاص هيئة ذات اختصاص قضائي :

وتقول المحكمة :

اذا كان المشرع بنصه في المادة ١١٠ من قانون المرافعات أنه وعلى المحكمة اذا قضت بعدم اختصاصها أن تأمر بإحالة الدعوى بحالتها الى المحكمة المختصة ولو كان عدم الاختصاص متعلقا بالولاية .. وتلتزم المحكمة المحال اليها الدعوى بنظرها، قد هدف الى تبسيط الاجراءات في صدد الأحكام المتعلقة بالاختصاص ولو كان ولائيا ، واذا كانت المذكرة الايضاحية لتلك المادة قد أشارت الى جهتي القضاء الاساسيتين - العادي والاداري الا أن النص سالف الذكر قد جاء عاما مطلقا ينطبق أيضا اذا ما كانت الدعوى داخله في اختصاص هيئة ذات اختصاص قضائي كهيئات التحكيم لتوفر العلة التي يقوم عليها حكم النص^(٢) .

(١) المادة (١٠٩) مرافعات وتقابل المادة (١٣٤) مرافعات قديم .

(٢) نقض ٧٩/٣/٣٤ - طعن ٦٣٤ - س ٤٥ ق .

القاعدة التاسعة :

(الدفع بالاحالة للارتباط) :

الدفع بالاحالة للارتباط وصورتها أن ترفع أمام محكمتين مختلفتين دعويان مختلفتان بينهما صلة ارتباط ، والارتباط صلة وثيقة بين طلبين تجعل من المصلحة أن تختص بنظرهما وتفصل فيهما محكمة واحدة تفاديا لصدور أحكام متعارضة .

ومن أمثلة ذلك طلب أحد العاقدين تنفيذ العقد وطلب المتعاقد الآخر بطلانه أو فسخه - ولا يشترط للاحالة للارتباط أن تكون الدعويان قائمتين أمام محكمتين تابعتين لجهة قضائية واحدة ، إذ أن المادة (١١٠) مرافعات أوجبت على المحكمة إذا قضت بعدم اختصاصها أن تلقى باحالة الدعوى للمحكمة المختصة ولو كان عدم الاختصاص متعلقا بالولاية - غير أنه لا يجوز احالة قضية مطروحة على محكمتين الى محكمة ما لارتباطها بدعوى قائمة أمامها - كما لا يجوز أن تحال على المحكمين دعوى قائمة أمام المحاكم العالية^(١) .

★ ويلاحظ أن الاحالة للارتباط لا تتم الا بالتقدم بدفع بطلب الاحالة ، فلا يمكن الخصم بارادته وحده أن يرفع دعوى أمام محكمة غير مختصة محليا لمجرد اثبات قيام صلة الارتباط مع دعوى منظورة أمامها ، كما أن التمسك بسقوط الدفع بالاحالة للارتباط يجب أن يبدى أمام المحكمة المحلية وليس المحكمة المحال اليها .

والاحالة على النحو المتقدم تختلف عن ضم دعوى لأخرى ، إذ في حالة الضم يرفع ذات الطلب أو الطلبان المرتبطان بصحيفتين مختلفتين أمام نفس المحكمة سواء أمام نفس الدائرة أو أمام دائرتين مختلفتين ، ففي هذه الحالة يطلب أحد الخصوم في الدعويين ضمها للأخرى ، وقد جرت عادة المحاكم على الاستجابة لطلب الضم اذا ما رأت المحكمة أن ذلك يسهل الفصل في الدعويين ، وهذا الأمر متروك لتقدير المحكمة ولا يترتب على الضم اندماج الدعويين فتظل كل منهما محتفظة لاستقلالها . الا اذا كان كل من الطلبين يشتمل على ذات الدعوى ، كما

(١) المستشار/ عز الدين النيناصورى والأستاذ/ حامد عكار ، التعليق على قانون المرافعات،

ط/٢ - ص ١٩٨٢ - ص ٣٠٢ - ٣٠٥ .

أن ضم الدعويين لا يلزم المحكمة بإصدار حكم واحد فيهما فلها أن تحكم في أحدهما قبل الأخرى .

ويرى الدكتور/ أبو الوفا أنه لا يجوز الاحالة للارتباط إذا كانت المحكمتان من محاكم الدرجة الثانية ، لأن الدفع بالاحالة للارتباط لا يجوز إيدائه في الاستئناف لما يترتب على ذلك من الإخلال بمبدأ تبعية المحاكم بعضها ببعض وهي مسألة من النظام العام^(١) .

المبحث الثالث

اختصاص القضاء الإداري بالفصل في منازعات العقود الإدارية وقواعد قضائية هامة

(أولاً) : أن اختصاص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية هو اختصاص شامل مطلق لأصل المنازعات وما يتفرع عنها من الطلبات المستعجلة ، وللمحكمة أن تفصل في الطلب المستعجل المتفرع من العقد الإداري في الحدود وبالصواب المقررة في الطلبات المستعجلة ، ولا يجوز الخلط بين الطلب المستعجل وبين طلب وقف التنفيذ لأنه لا يتعلق بقرار إداري ، وإنما ينبثق عن رابطة عقدية ويدخل في رابطة العقد وتستتبع له ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء حسبما سنذكره تفصيلاً .

ومادام القضاء الإداري مختص بنظر أصل المنازعة فيختص بنظر الفرع (الطلب المستعجل) ، فتفصل المحكمة في الطلب المستعجل المتفرع عن العقد الإداري في الحدود وبالصواب المقررة للفصل في الطلبات المستعجلة ، وذلك بأن تستظهر

(١) راجع المرجع السابق - ص ٣٠٠ - ٣٠٥ - ويشير إلى الأستاذ/ كمال عبد العزيز «المرافعات» ص ٢٦٢ ، والدكتور/ أحمد أبو الوفا «التعليق على نصوص قانون المرافعات» - ص ٤١٠ .

الأمر التي يخشى عليها من فوات الوقت ، أو النتائج التي يتعذر تداركها أو الضرر المحقق بالحقوق المطلوب المحافظة عليه ، ثم تستظهر بعد ذلك جدية الأسباب أو عدم جديتها بالنسبة اليها في ظاهرها ، بيد أن الفصل في الطلب المستعجل في هذه الحالة لا يخلط بينه وبين طلب وقف التنفيذ ، لأنه لا يتعلق بقرار إداري ، وإنما ينبثق عن رابطة عقدية ، ويدخل في منطقة العقد وتستنهض له ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء^(١) .

وجدير بالذكر أن اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بالفصل في المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية يجعله مختصا أيضا بطلب ندم خبير في شأن نزاع قام بخصوص العقد الإداري^(٢) .

★ كذلك فإن هذا القضاء يختص بالطلبين الأصلي والتبعية في منازعات العقود الإدارية طالما أن اختصاصه بنظر الطلب الأصلي ليس محل منازعة^(٣) .

★ ويعتبر عقد المساهمة في مشروع ذي نفع عام عقدا إداريا وثيق الصلة بعقد الأشغال العامة يأخذ حكمه ويعتبر من قبيله ، وينعقد الاختصاص بالفصل في المنازعات المتعلقة به لمحاكم مجلس الدولة صاحبة الولاية في هذا الشأن دون المحاكم المدنية . مثال ذلك التعهد بالمشاركة بقطعة أرض في نفقات مشروع من مشروعات الأشغال العامة مقابل قيام الإدارة بتنفيذ هذا المشروع ، فإن العقد المنبثق عن ذلك يعتبر عقدا إداريا بمعنى عن القواعد المألوفة في مجال القانون الخاص ، ولا يتقيد في شأنه بأوضاع الهيئة المقررة في القانون المدني .

★ وبالبناء على ذلك تخضع المنازعات المتعلقة بالتنفيذ أو النكول عنه لاختصاص القضاء الإداري باعتبار المنازعة متفرعة عن عقد إداري^(٤) .

★ ويختص القضاء الإداري أيضا بالمنازعات المتعلقة في شأن التعهد بخدمة الحكومة باعتباره الجهة صاحبة ولاية القضاء الكامل في منازعات العقود الإدارية .

(١) المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاما ١٩٦٥ - ١٩٨٠ - الجزء الأول (أ - خ) ص ١٨١ - ١٨٢ .

(٢) المرجع السابق ص ١٨١ .

(٣) المحكمة الإدارية العليا في ١٥ عاما - ١٩٦٥ - ١٩٨٠ الجزء الأول (أ - خ) ص ١٨٣ .

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا : ١٠٢٥ - ١٥ (١٩٧٨/١/٧) .

ويختص القضاء الإداري بنظر المنازعة في العقد المبرم بين أحد ضباط القوات المسلحة والجهة الإدارية المتضمن الزامه بخدمتها مدة معينة باعتبارها من منازعات العقود الإدارية ، وقد قضت بذلك المحكمة الإدارية العليا بجلستها المنعقدة في ٢٠ يونيو سنة ١٩٧٩ (١) .

★ ومن هذا القبيل أيضا العقد الذي يتم بين المبعوث وكفيله ، فإذا أخل المبعوث عن تعهده بخدمة الجهة الموفده له بعد انتهائها ولم يعد فيحق لهذه الجهة مطالبته بنفقات البعثة ولا يسقط الحق في مطالبته إلا بالتقادم الطويل (١٥ سنة) وتعتبر المنازعة إدارية يختص القضاء الإداري بنظرها .

★ كما يعتبر العقد الذي تبرمه مصلحة المناجم والمحاجر بالتأجير خارج مناطق البحث والاستغلال ، عقدا إداريا يختص القضاء الإداري بنظر المنازعات المتعلقة به .

★ ومن أهم ما يمكن الإشارة إليه أن صدور العقد عن جهة نائبة عن الدولة واتصاله بنشاط مرفق من المرافق العامة وتضمنه شروطا غير مألوفة في القانون الخاص يجعل الاختصاص القضائي في شأنه من اختصاص القضاء الإداري .

★ ونضرب لذلك مثلا بقضية من القضايا التي عرضت على القضاء الإداري وهي قضية تتمثل في التصريح بالانتفاع «بكارينو» في منطقة الشاطئ بالمعمورة المعبر من المنافع العامة والمقصود حق استغلاله على شركة المعمورة للسكان والتعمير ، وتصريح الشركة بوصفها نائبة عن الدولة في إدارة واستغلال الشاطئ ، لكونه متصلا بنشاط مرفق الشاطئ وتضمنه شروطا غير مألوفة في نطاق القانون الخاص ، يضاف على العقد الصفة الإدارية باعتباره عقدا إداريا تختص بالمنازعات فيه محاكم مجلس الدولة (٢) .

(١) مشار إلى ذلك بالمرجع السابق ص ٨٤ - ١٨٥ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا : حكمها في ١٩٨٠/٦/٢١ .

(ثانيا) : قواعد قضائية هامة في تحديد الاختصاص :

القاعدة الأولى :

منازعات العقود التي تخرج عن اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء اداري :

★ من أهم الأمثلة التقليدية على عدم اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء اداري ، أنه اذا تعاقدت وزارة الأوقاف مثلا مع مقاول مبانى ليس بصفتها سلطة عامة ، وانما باعتبارها ناظرة على وقف كشخصية اعتبارية لا تختلط بشخص ناظر الوقف أو المستحقين فيه ، فان شخصية الوقف الاعتبارية تعد من أشخاص القانون الخاص ، والتعاقد الذي يتم مع المقاول يكون في ضوء هذا التكليف القانونى .

★ وفي ضوء هذا التفسير فان الأثر الذي يترتب على ذلك هو عدم اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء اداري بنظر المنازعة ، وينعقد الاختصاص بنظرها للقضاء المدنى^(١) .

القاعدة الثانية :

بعض قواعد الاختصاص التي أثبتت أمام محكمة النقض : ونذكر منها مايلي :

(١) جاء بالطعن رقم ٣٨٨ لسنة ٣٣ ق أن الأمر الذى تصدره جهة الادارة بالامتناع عن صرف المبالغ المستحقة للمقاول المتعاقد معها لدى جهات الحكومة المختلفة استنادا الى شروط العقد الادارى نتيجة لسحب العمل منه ليس فى حقيقته أمرا بتوقيع حجز اداري يخضع فى اجراءاته لاحكام قانون الحجز الادارى رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ ، وانما هو من وسائل تنفيذ العقد الادارى الذى يخرج عن ولاية القضاء العادى سلطة الفصل فيه^(٢) .

(٢) ومن قواعد الاختصاص أيضا أنه اذا تعاقدت الادارة بغير صفتها وتجربت من التسليح بالسلطة العامة فى تعاقدتها فى مقولة الأشغال العامة ، فإن العقد يتجرد من كونه عقدا اداريا لاسيما اذا جاء خلوا من الشروط الاستثنائية التى مازالت العنصر

(١) القاعدة ١٢٧ ص ٨٥٣ من القهرس الهجلى لمجموعة أحكام العليا ص ٣٢ من ج/ ٢ .

(٢) الطعن بالنقض رقم ٣٨٨ لسنة ٣٣ ق - جلسة ١٤/٣/١٩٦٧ - ص ١٨ ص ٦١٢ .

الجوهري في تكييف العقود الادارية ، ومن ثم لا يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء ادارى بنظر المنازعات المتعلقة به .

وفى ذلك تقول محكمة النقض مايلى :

« اذا كان الوصف الذى أسبغه الحكم على العقد بأنه عقد ادارى ، يخالف الوصف الصحيح له ، وكان الحكم قد أقام قضاءه بعدم اختصاص المحاكم ولائيا بنظر الدعوى تأسيسا على هذا الوصف الخاطيء ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون^(١) .

وتقضى قواعد الاختصاص بأن اتباع الاشكال والاجراءات الادارية فى العقود المدنية لاتضى عليها الصفة الادارية ، كما أن اتباع هذه الاجراءات لا يرفع عن العقد صفته الادارية .

وبناء على ذلك فإن اتباع اجراءات المزايدات أو المناقصات العامة أو كتابة قائمة شروط لا يحول العقد المدنى الى عقد ادارى ، كذلك فإن استخدام شكل من الاشكال المعروفة فى المعاملات الخاصة لا يعنى بالضرورة أن العقد مدنى .

★ ومن ثم فإن النص الخاص بتحديد الاختصاص القضائى لن تكون له قيمة فعلية مالم يكن ذلك متفقا مع طبيعة العقد الحقيقية ، أى أن العقد اذا كان فى مضمونه ونصوصه ما يجعله عقدا اداريا ، فإن النص الذى يحدد اختصاص المحاكم المدنية يصبح معدوم الأثر ، وبالعكس اذا كان العقد بطبيعته عقد متعلق بالدومين الخاص يجعله عقدا مدنيا ، فإن النص على جعل الاختصاص لمجلس الدولة بهيئة قضاء ادارى لا ينتج أى أثر على طبيعة العقد الذاتية .

(١) الطعن بالنقض رقم ٣٩٧ سنة ٢٣ ق - جملة ١٩٦٧/٣/٢٨ من ١٨ من ٦٨٤ .

★ يرجى ملاحظة أن ملجاء بالمادة (٥١) من قانون المرافعات والتي تنص على مايلى :
« فى الدعاوى الجزئية التى ترفع على الحكومة أو وحدات الادارة المحلية أو الهيئات العامة أو المؤسسات العامة يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها مقر المحافظة ، مع مراعاة القواعد المتكلمة .

★ لا ينطبق على المنازعات الادارية بل يتبع فى شأنها ما جاء بالمواد أرقام ١٣ ، و ١٤ ، و ١٥ ، و ١٦ ، و ١٧ ، و ٢٣ الواردة بقانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ، مع العلم بأن الأحكام الصادرة من المحاكم التأديبية عادية ، أو عليا بطعن فيها أمام المحكمة الادارية العليا ، كما يطعن أمام المحكمة الاخيرة فى الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الادارى ، ويطعن فى أحكام المحاكم الادارية أمام محكمة القضاء الادارى بهيئة استئنافية ، ويكون الطعن مقاما من نوى الشأن أو من رئيس هيئة مفوضى الدولة .

(راجع فى موضوع توزيع الاختصاص القضائى بين محاكم مجلس الدولة مؤلفنا «قضاء مجلس الدولة ولجراعات الدعاوى الادارية» ص ٢٧ - ٤٤) .

وتظهر قيمة النص الخاص بتحديد الاختصاص في حالة ما إذا كانت الشروط التي يتضمنها العقد غير قاطعة في الدلالة على طبيعة العقد ، فعند ذلك يمكن أن نستعين بالنص لتحديد ما إذا كانت تلك الشروط تعتبر شروطا استثنائية ، إذا كان النص يحيل الى الاختصاص الادارى ، أو أنها تعتبر نصوص عادية إذا كان النص يعقد الاختصاص للمحاكم المدنية ، فالنص في هذه الحالة يعتبر بمثابة قرينة أو دليل تكميلي للاستدلال به على طبيعة العقد ، ولكن النص وحده لا يكفي للدلالة على طبيعة العقد الذاتية ، وما إذا كان اداريا أو مدنيا .

وخلاصة القول فإن العقد يعتبر اداريا إذا كان أحد أطرافه شخصا معنويا عاما ومتصل بنشاط مرفق عام ومتضمنا شروطا استثنائية ، أى أنها غير مألوفة في القانون الخاص ، والأثر المترتب على ذلك أنه إذا تضمن العقد الشروط الثلاثة مجتمعة كان عقدا اداريا يختص به القضاء الادارى .

القاعدة الثالثة :

تحديد الاختصاص في الاتفاقات المركبة :

يحدث في العمل أن نكون أمام اتفاق مكتوب تبرمه الادارة ويحتوى على عناصر متنوعة ، لو طبقنا عليها المعيار السابق في التمييز بين العقود الادارية وعقود القانون الخاص لوجدنا أن الاتفاق ينطوى في حقيقة الأمر على نوعين من العقود : عقد ادارى ، وعقد من عقود القانون الخاص . فهل يفصل القضاء بين كل نوع من الشروط ، ويطبق عليه النظام القانونى الذى يحكمه ، أم يعامل الاتفاق ككل ويخضعه لنظام قانونى واحد ؟ مثال ذلك أن تبرم الادارة اتفاقا يشتمل على عناصر أشغال عامة - مما يعتبر عقدا اداريا في جميع الحالات - وينطوى في ذات الوقت على عناصر عقد توريد مما يعتبر اداريا أو مدنيا وفقا لطبيعته الذاتية .

★ **يجرى القضاء الادارى في فرنسا على معاملة الاتفاق ككل : بمعنى أن ينظر القاضى الى العنصر الغالب ويطيح الاتفاق بطابعه . ومن ذلك قضاء مجلس الدولة الفرنسى في موضوع تأجير الادارة لينابيع المياه المعدنية إذا تضمن التأجير عناصر أشغال عامة أو امتياز بمرفق عام . ويمكن أن نعتبر من هذا القبيل في مصر مجموعة الاتفاقات التى تمت بين الادارة وبين المتعاقدين بخصوص استصلاح وتعمير منطقة المقطم والمنتزه بمثابة عقد امتياز يخضع للقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧^(١) .**

(١) فتوى قسم الرأى مجلس الدولة فى ٢٩ يوليو سنة ١٩٥٧ .

★ ويجرى مجلس الدولة الفرنسي على تغليب الجوانب الادارية فى الاتفاق على أساس ترجيح المصلحة العامة ، بحيث لا يهمل القضاء تلك الجوانب ، الا اذا كانت ضئيلة بالقياس الى الجوانب المدنية فى العقد .

★ على أنه بالرغم من المبدأ السابق ، فإن الفصل فى الاتفاق المركب - بل وحتى فى نطاق العقد الواحد - بين الجوانب الادارية والمدنية متعين فى بعض الحالات ، كنتيجة لاعمال قواعد الاختصاص . ومرد ذلك الى الأحكام المنظمة لفكرة المسائل الأولية ، فالمسلم به فى القضاء الفرنسى أنه اذا علق الفصل فى موضوع النزاع على مسألة أولية تدخل فى اختصاص جهة أخرى فإنه يتعين الرجوع الى تلك الجهة للحصول على حكم منها فى المسألة الأولية قبل التصدى للموضوع ، وعلى هذا الأساس يجرى القضاء الادارى فى فرنسا على أن حسم المنازعات المتعلقة بالملكية والتي تثار عند التصدى للفصل فى المنازعات الخاصة بعقد ادارى ، انما هو من اختصاص القضاء المدنى^(١) . كما أن تقرير مشروعية القرارات الادارية التى يثيرها النزاع بمناسبة عقد من عقود القانون الخاص أمام المحاكم القضائية ، هو من المسائل الأولية التى يتعين الاحالة فيه الى القضاء الادارى قبل الفصل فى الموضوع .

القاعدة الرابعة :

اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء ادارى بنظر المنازعات المنصوص عليها
بالمادة السادسة من قانون قطاع الأعمال رقم (٢٠٣)
تنص المادة السادسة على مايلى^(٢) :

تستمر محاكم مجلس الدولة فى نظر الدعاوى والطعون الآتية التى رفعت اليها الى أن يتم الفصل فيها بحكم بات وفقا للقواعد المعمول بها حاليا وذلك دون حاجة الى أى اجراء آخر .

أولا : الدعاوى التأديبية وطعون الجزاءات التأديبية وغيرها من الدعاوى المتعلقة بالعاملين بالشركات الخاضعة لاحكام هذا القانون متى كانت قد رفعت قبل العمل باللوائح المنصوص عليها فى المادة السابقة .

ثانيا : الدعاوى والطعون الأخرى التى تكون تلك الشركات طرفا فيها متى كانت قد رفعت قبل العمل بهذا القانون .

(١) حكم النقض المدنى الصادر فى ٢٠ مايو سنة ١٩٤١ (دالوز سنة ١٩٤١ ص ٢٥٨) .

(٢) راجع قانون قطاع الأعمال العام (المعاملة - ملحق المدينين التاسع والعاشر - نوفمبر وديسمبر ١٩٩١ م .

الفصل الثانى

اختصاص القضاء الادارى بنظر الطلب المستعجل المتفرع عن عقد ادارى واختصاصه باشكالات التنفيذ واعتبار حكم وقف التنفيذ حكما قطعيا ، والتميز بين حجية الشئ المقضى ، وقوة الأمر المقضى ، ومدى تعدى الحكم بالغاء القرارات الادارية المتعلقة بالعقود الادارية

المبحث الأول

اختصاص القضاء الادارى بالطلب المستعجل بحسبانه نزاعا متفرعا عن عقد ادارى

ان الفصل فى موضوع الطلب المستعجل بحسبانه نزاعا متفرعا عن عقد ادارى يدخل فى اختصاص القضاء الادارى الكامل باعتبار أن ذلك القضاء أصبح وحده صاحب الولاية فى الخصومات الخاصة بالعقود الادارية ، وهذا الاختصاص هو اختصاص شامل لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها ، سواء اتخذت صورة القرار ، ومالم يتخذ منها هذه الصورة طالما توافرت فى المنازعة حقيقة التعاقد الادارى ، وعلى ذلك فان القضاء الادارى يفصل فى الطلبات العاجلة لا باعتبارها طلبات وقف تنفيذ متفرعة عن طلبات الالغاء ، ولكن باعتبارها من الطلبات الفرعية المستعجلة التى تعرض على قابض العقد لاتخاذ اجراءات وقتية أو تحفظية لاتحتمل التأخير وتدعو اليها الضرورة لدفع خطر أو تدارك نتائج يتعذر تداركها الى حين الفصل فى موضوعها .

(١) محكمة القضاء الادارى هيئة العقود الادارية والتعويضات، - القضية رقم ٦ لسنة ٢٣ قضائية - جلسة ١٣ ديسمبر ١٩٧٠ - مشار الى الحكم بمجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة القضاء الادارى من أول أكتوبر ١٩٧٠ حتى آخر سبتمبر ١٩٧١ من ١٩٣ - ١٩٤ - (مرجع سابق) .

والقضاء الإداري حين يفصل في تلك الطلبات العاجلة إنما يلتزم بالطلبات المقررة في طلبات الاستعجال - والسابق ايضاحها - وهي :

(أولاً) : توافر ركن الاستعجال عندما تستظهر المحكمة الأمور التي يخشى عليها من فوات الوقت ، أو النتائج التي يعذر تداركها ، أو الضرر المحدث بالحقوق المطلوب المحافظة عليه .

(ثانياً) : جدية الأسباب وعنده توقف المحكمة عند حكم الظاهر من الأمور بما يمكن أن يؤدي إلى الاقتناع بأرجحية اصدار القرار المطلوب وقفه نون التوغل في أصل الموضوع حيث يترك سليماً يتجادل فيه نون الشأن أمام الهيئة التي تفصل في الموضوع .

ولابد أن يتوافر ركنان وهما : الاستعجال والجدية - لكي يقضى بوقف تنفيذ القرار أو اتخاذ الاجراء الوقتي - بحيث اذا تخلف أحدهما وجب وقف الدعوى .

وتجدر الإشارة الى مبدأ افتراض سلامة القرارات الادارية وقابليتها للتنفيذ طبقاً للمادة (٤٩) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ والتي تنص على أنه لا يترتب على رفع الطلب الى المحكمة وقف تنفيذ القرار المطلوب الغائه على أنه يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذه اذا طلب ذلك في صحيفة الدعوى ورأت المحكمة أن نتائج التنفيذ قد يتعذر تداركها، على أن يلزم لوقف تنفيذ القرار المطعون فيه . بالاضافة الى ركن الاستعجال - أن يكون ادعاء الطالب قائماً بحسب الظاهر على أسباب جدية ، يرجح معها الغاء القرار ، وكل من ركن الاستعجال وجدية الأسباب هو من الحدود القانونية التي تحد سلطة محكمة القضاء الإداري وتخضع بالتالي لرقابة المحكمة الادارية العليا^(١) .

ويلاحظ أن الحكم بوقف التنفيذ قد يرد على جميع آثار القرار المطلوب الغاؤه ، وقد يقتصر على أثر بعينه من آثاره شأنه في ذلك شأن الحكم بالغاء القرار المطعون فيه الغاء نسبياً ، أو الغاء مجرداً .

(١) المحكمة الادارية العليا - القضية ٧٨٦ من ١٨ ق - منشورة بمجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا - السنة العشرون - من أول أكتوبر ١٩٧٤ الى آخر سبتمبر ١٩٧٥ - ص ٨٢ - ٨٥ .

المبحث الثانى

اختصاص القضاء الادارى بنظر المنازعات المتعلقة بالقرارات المستقلة والقرارات التى تصدرها الجهة الادارية تنفيذا لعقد من العقود الادارية

تقول المحكمة الادارية العليا فى حكمها فى ١٤ من ابريل سنة ١٩٧٧ مايلى :
من حيث أنه ينبغى فى ضوء هذا التنظيم لعملية العقد الادارى المركبة ، التفرقة بين نوعين القرارات التى تصدرها الجهة الادارية فى شأن العقود الادارية وهما :
(النوع الأول) : وهو القرارات التى تصدرها أثناء المراحل التمهيديّة للتعاقد وقبل ابرام العقد وهذه تسمى القرارات المنفصلة المستقلة ، ومن هذا القبيل القرار الصادر بطرح العمل فى المناقصة أو بارسلاتها على شخص معين ، فهذه القرارات هى قرارات ادارية نهائية شأنها شأن أى قرار ادارى نهائى وتنطبق عليها جميع الأحكام الخاصة بالقرارات الادارية النهائية .

(النوع الثانى) : ينتظم فيه القرارات التى تصدرها الجهة الادارية تنفيذا لعقد من العقود الادارية ، واستنادا الى نص من نصوصه^(١) كالقرار الصادر بسحب العمل ممن تعاقد معها والقرار الصادر بمصادرة التأمين أو بإلغاء العقد ذاته ، فهذه القرارات يختص القضاء الادارى بنظر المنازعات التى تثور بشأنها لا على أساس اختصاصه بنظر القرارات الادارية النهائية وإنما على أساس اعتباره المحكمة ذات الولاية الكاملة بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الادارية بالتطبيق للبند الحادى عشر من المادة العاشرة من القانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة والذى يقضى باختصاص محاكم مجلس الدولة بكون غيرها بالفصل فى المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الاشغال العامة أو التوريد أو بأى عقد ادارى آخر ، وغنى عن البيان أن اختصاص القضاء الادارى بالنسبة الى هذا النوع الثانى من القرارات هو اختصاص مطلق لأصل المنازعات وما يتفرع عنها إذ ليست هناك جهة قضائية أخرى لها ولاية الفصل فى شىء من هذه المنازعات ، وهذا التنظيم القضائى يجعل القضاء الادارى مختصا بالفصل فى الطلبات

(١) يمكن التمييز بين نوعين من القرارات ، وهما القرارات القابلة للانفصال «Détachable» والتى يجوز الغاؤها ووقف تنفيذها ، والقرارات غير القابلة للانفصال «Rattachable» والتى لايجوز الغاؤها أو وقف تنفيذها .

المستعجلة التي تتطوى على نتائج بتعذر تداركها أو طلبات يخشى عليها من فوات الوقت أو اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير أو إجراءات وقتية أو تحفظية حماية للحق الى أن يفصل في موضوعه ، والقضاء الإداري اذ يفصل في هذه الطلبات ، انما يفصل فيها سواء أكانت مطروحة عليه بصفة أصلية أم باعتبارها فرعا من المنازعة الأصلية المعروضة عليه وذلك على اعتبار أن القضاء الإداري هو وحده من غيره قاضى العقد .

وتجدر الإشارة إلى مايلي :

عدم جواز الخلط بين الطلب المستعجل وبين طلب وقف التنفيذ

ونكرر القول بأن اختصاص جهة القضاء الإداري بالفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية هو اختصاص شامل مطلق لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها ، والمحكمة أن تفصل في الطلب المستعجل المتفرع من عقد إداري ، مع عدم الخلط بين هذا الطلب وبين طلب وقف التنفيذ .

★ وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٢٦ يناير ١٩٨٥ مايلي :

ومن حيث أن طلب الإلغاء وبالتالي طلب وقف التنفيذ لا يردان الا على القرار الإداري الذي تصدره جهة الإدارة مفصحة عن إرادتها الملزمة استنادا الى السلطة التي خولتها أياها القوانين واللوائح - أما اذا كان الاجراء صادرا من جهة الإدارة استنادا الى نصوص العقد الإداري وتنفيذا له ، فإن هذا الاجراء لا يعد قرارا إداريا وبالتالي لا يرد عليه طلب الإلغاء أو طلب وقف التنفيذ وانما يعد من قبيل المنازعات الحقوقية التي تعرض على قاضى العقد وتكون محلا للطعن باستعداء ولاية القضاء الكامل وغنى عن البيان أن اختصاص جهة القضاء الإداري بالفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية اختصاص شامل مطلق لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها شأن الطلبات المستعجلة ، فمادامت مختصة بنظر الأصل فهي مختصة بنظر الفرع أى الطلب المستعجل ، كل ما في الأمر أن المحكمة تفصل في الطلب المستعجل المتفرع عن العقد الإداري في الحدود وبالضوابط المقررة للفصل في الطلبات

- وقد توسع مجلس الدولة الفرنسي في القرارات القابلة للانفصال عن العقد . ليس فقط للغير ، ولكن للطرفين ، ويعتبر عملا قابلا للانفصال كل قرار سابق عن الإبرام النهائي للعقد بما في ذلك القرار الذي بمقتضاه تقرر الجهة الإدارية إبرام العقد أو إقراره أو رفض ذلك .
(راجع أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة الدكتور/ أحمد يسري - رئيس

مجلس الدولة سابقا - س ١٩٩١ - ص ٨٨) .

المستعجلة بأن تستظهر الأمور التي يخشى عليها من فوات الوقت أو النتائج التي يتعذر تداركها أو الضرر المحقق بالحق المطلوب المحافظة عليه ثم تستظهر بعد ذلك جدية الأسباب أو عدم جديتها بالنسبة اليها في ظاهرها - بيد أن الطلب المستعجل في هذه الحالة لا يخلط بينه وبين طلب وقف التنفيذ لأنه لا يتعلق بقرار إداري وإنما ينبثق عن رابطة عقدية ويدخل في منطقة العقد وتستتبع له ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء .

ومن حيث أن مدار المنازعة في الدعوى الماثلة رهين في جوهره بمدى حقوق طرفيها عند نهاية مدة الالتزام سواء بالنسبة إلى عقد الالتزام الأصلي أو التكميلي المبرمين بين الجهة الإدارية وشركة أسمدة الشرق في ٨ من أغسطس سنة ١٩٤٥ بخصوص تحويل قمامة القاهرة وضواحيها ومخلفات المذابح العمومية والفرعية بها إلى أسمدة عضوية وغيرها وما ترنو إليه الشركة المدعية بطلبها المستعجل من الحفاظ على ما تدعيه من حقوق يخشى عليها من فوات الوقت - ومثل هذه المنازعات جميعا لا تجاوز حقيقة العقد الإداري ولا تنبؤ عن دائرته ومن ثم تدخل في ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء^(١) .

وبناء على ذلك فإن اختصاص القضاء الإداري ليس مقصورا على المنازعات المتعلقة مباشرة بالعقد ، سواء في تكوينه أو تنفيذه أو انتهائه ، بل يمتد اختصاصها إلى كل ما يتفرع عن ذلك ، وعلى هذا الأساس قضت محكمة القضاء الإداري باختصاصها بالنظر في جميع الطلبات المستعجلة المتعلقة بالعقود الإدارية . ومن ثم فإن المحكمة المختصة بالفصل - بصفة مستعجلة في طلب وقف تنفيذ القرار الصادر بفسخ عقد توريد ، كما تختص بالحكم بتعيين حارس إذا اقتضى الأمر ، وتختص أخيرا بالفصل في طلب وقف تنفيذ القرار الصادر باستيلاء الحكومة على الأنوار والمهمات المملوكة للمتعاقد والموجودة في محل العمل ، لأن المنازعات تتعلق بعقد أشغال عامة وهو من العقود الإدارية التي تختص بها هذه المحكمة .

وقد حرصت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٢٨ ديسمبر سنة

(١) مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في ١٥ سنة - ١٩٦٥ - ١٩٨٠ - الجزء الأول - ٦٠٥ - ٢٣ (١٩٨٠/١/٢٦) ٤٩/٢٥ . (بند ١٠٣ ص ١٨١ - ١٨٢) .

١٩٦٣ على أن توضح أن القضاء الإداري حين يفصل في الوجه المستعجل من المنازعة المعروضة المستندة إلى العقد الإداري إنما يفصل في ذلك ، ... على اعتبار أنه من الطلبات الفرعية المستعجلة التي تعرض على قاض العقد لاتخاذ إجراءات وقائية أو تحفظية لا تحتل التأخير ، وتدعو إليها الضرورة لدفع خطر ، أو نتائج يتعذر تداركها إلى أن يفصل في موضوعه .

ومن المسائل المستعجلة التي قضت محكمة القضاء الإداري باختصاصها بنظرها دعاوى اثبات الحالة ، لأن دعوى اثبات الحالة كما تقول المحكمة ، ... ليست أكثر من إجراء من الإجراءات التحفظية التي تتم على نفقة رافع الدعوى ، وتوفر للطرفين المتنازعين حلا سريعا ، يمهّد للفصل في موضوع الحق - وهي مصلحة يقرها القانون ، ولو كانت محتملة مادام الغرض من اثبات هذا الحق هو رفع ضرر محقق يتعذر تلافيه مستقبلا .

بل لقد ذهبت المحكمة في هذا الحكم ، إلى أنها وحدها المختصة بالفصل في مثل تلك المنازعات ، ... ولم تعد جهة قضائية أخرى لها ولاية الفصل في شيء من هذه المنازعات ، وأن هذا التنظيم القضائي يجعل اختصاص القضاء الإداري بالفصل في الطلبات المستعجلة متفرعا عن اختصاصها بنظر الموضوع الأصلي .

وكذلك قضت المحكمة باختصاصها بالفصل في طلب التعويض بقولها « ومن حيث أن اختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية كما رددته المادة العاشرة ... هو اختصاص مطلق شامل لأصل تلك المنازعات ولجميع مايتفرع عنها ... ومن حيث أن دعوى البلدية تقوم على المطالبة بتعويض عما لحقها من خسارة بسبب عدم انتفاعها بالسيارة المحكوم بملكيتها لها ، بناء على التزام النقل بالسيارات وبقائها تحت يد الشركة المدعى عليها بسوء نية تنتفع هي بها ، ولم تقم بتسليمها تنفيذا للحكم الصادر من هيئة التحكيم بأبولة ملكية هذه السيارة للحكومة وتسليمها لها تنفيذا لشروط عقد الالتزام .

وأخيرا فقد جاء في حكم المجلس الصادر في ١٤ أبريل سنة ١٩٥٦ أن مقتضى كون اختصاص محكمة القضاء الإداري في مجال العقود الإدارية مطلقا شاملا لأصل النزاع ومايتفرع عنه ... أن يكون للمحكمة ولاية القضاء كاملة .

المبحث الثالث

اختصاص القضاء الإداري بنظر دعوى إثبات حالة المخالفات المنسوبة

لجهة الإدارة بشأن التزاماتها الناشئة عن عقد إداري

★ جدير بالاحاطة أنه يشترط لقبول طلب اثبات الحالة ألا يترتب على الحكم المستعجل الصائر في هذا الشأن أي مساس بأصل الحق بمعنى أنه لا يجوز في نظر الشق المستعجل عند الحكم باثبات الحالة تفسير أو تأويل العقود أو الاتفاقات المبرمة بين الطرفين للتأكد من جدية حق المدعى ، إذ ليس للقاضي سلطة الموازنة بين حقوق الخصوم عند الفصل في طلب اثبات الحالة ، كما يمتنع عليه أن يصدر حكما باثبات الحالة يتعارض مع هذه الحقوق ، بل يجب أن تكون مهمة القاضي مقصورة على اثبات وقائع معينة يصح أن تكون محل نزاع أمام القضاء بصرف النظر عن احتمال أو عدم احتمال كسب الدعوى موضوعا ، إلا أن القضاء قد جرى مراعاة للعدالة على تكليف الخبير بتحديد مدى الضرر الذي أصاب أحد الطرفين بفعل الآخر والمبلغ اللازم للتعويض إذا كان لا يمكن تحديد الضرر عند طرح النزاع أمام محكمة الموضوع ، ولكن ذلك يخضع لسلطة القاضي التقديرية طبقا لواقعات وملابسات الدعوى .

★ فإذا كانت الحالة المطلوب معاينتها وإثباتها لا يخشى عليها من التغير أو الزوال بمرور الوقت أو كانت الحالة قديمة أو تقوم على أوراق أو مستندات رسمية ، فلا يختص القاضي باثبات حالتها لعدم توافر ركن الخطر المبرر لاختصاصه .

★ ولا يجوز للقاضي أن يكلف الخبير المنتدب في دعوى اثبات الحالة بسماع شهود بلا يمين أو الاستعانة بآراء بعض الفنيين ، إلا إذا كانت هناك ضرورة ملحة تدعو لذلك .

★ ويجوز للخصوم الطعن على أعمال الخبير بسبب عدم قيامه بأداء المأمورية وفقا لما رسمه الحكم التمهيدى .

★ فإذا تبين للقاضي أن هناك نقصا جسيما بأداء المأمورية فيحق له أن يندب خبيراً آخر لأداء المأمورية ، كما يجوز للقاضي أن يعيد المأمورية لنفس الخبير المنتدب لاستيفاء الأعمال الناقصة إذا كان قد أغفل بحثها .

★ وإذا ظهر من تقرير الخبير واقعة مادية جديدة ولم يسبق طرحها على القاضي المستعجل ، فيجوز له انتداب الخبير السابق لإجراء معاينة تكميلية ، أو لمباشرة مأمورية تكميلية لتحقيق هذه الواقعة الجديدة متى كانت متعلقة بالواقعة الأصلية .

★ كما يجوز للقاضي استدعاء الخبير لمناقشته إذا كان الغرض من ذلك استجلاء ما أغلق على الخصوم فهمه بسبب غموض في عبارات التقرير أو في نتيجته .

★ أما المطاعن الموضوعية التي يوجهها الخصوم على تقرير الخبير فهي تخضع لرقابة قاضي الموضوع .

★ وجدير بالذكر أن مهمة الخبير مقصورة على تحقيق الواقع في دعوى اثبات الحالة وإبداء رأيه في المسائل الفنية التي تدخل في نطاق تخصصه والتي يصعب على القاضي استقصاء كنهها بنفسه دون المسائل القانونية التي يتعين على الحكم أن يقول كلمته فيها^(١) .

★ وجدير بالملاحظة أن محكمة الموضوع غير ملزمة بإجابة طلب الخصوم بندب خبير في الدعوى ، متى وجدت فيها ما يكفي لتكوين عقيدتها^(٢) .

★ وغنى عن البيان أن القضاء العادي لا يختص بنظر دعاوى اثبات الحالة المتصلة بمنازعات العقود الادارية ، وقد أيدت محكمة النقض ذلك الرأي في حكمها الصادر في الطعن رقم ٣٥٣ بجلسة ١٩٦٥/٣/٢١ حيث تقول :

مقتضى مانتصت عليه المادة العاشرة من القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ بشأن تنظيم مجلس الدولة وما يقابلها من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٥ خروج المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد ادارى آخر عن ولاية المحاكم وبالتالي خروج المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت - ومنها دعاوى اثبات الحالة - الناشئة عن هذه العقود أو المتعلقة

(١) نقض ١٩٧٥/١٢/٢٣ - س ٢٦ - ص ١٦٥٤ .

(٢) نقض ١٩٧٨/٣/١ - س ٢٩ - ص ٦٥٨ .

بها ، عن ولاية القضاء المستعجل ، فإذا كان الثابت في الدعوى أنها رفعت بطلب نذب خبير لإثبات حالة المخالفات التي تسببها المطعون عليهما إلى جهة الإدارة ، وإخلالها بالتزاماتها الناشئة عن عقد التزام استغلال مرفق النقل الداخلي بمصيف رأس البر وتقدير الضرر الناشئ عن هذه المخالفات وقضى الحكم المطعون فيه برفض الدفع بعدم اختصاص القضاء المستعجل بالنظر فيها ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه^(١) .

وتجدر الإشارة إلى حكم حديث من أحكام المحكمة الإدارية العليا صدر في الطعن رقم ٥٢٧ لسنة ٢٥ ق وأثبت مايلي في شأن دعوى إثبات الحالة :

«دعوى إثبات الحالة دعوى مستقلة قائمة بذاتها لا غنى عن وجوب تحضيرها وتقديم تقرير فيها من قبل هيئة مفوضي الدولة . لا سبيل إلى الخلط بينها وبين طلب وقف تنفيذ القرار الإداري ذلك أنه لئن جمعت بينهما ظروف الاستعجال التي لا محيص عن وجوب توافرها في كليهما إلا أن طلب وقف التنفيذ لا يتمخض أبداً عن دعوى مستقلة قائمة بذاتها وعلى أساس ذلك فإن صدور حكم في دعوى إثبات الحالة قبل أن تقوم هيئة مفوضي الدولة بتهيئتها للمرافعة وتقديم تقريرها فيها يكون الحكم قد شابته بطلان جوهري .

وجاء بحديثات الحكم مايلي :

«ومن حيث أن دعوى إثبات الحالة دعوى مستقلة قائمة بذاتها لا غنى عن وجوب تحضيرها وتقديم تقرير فيها من قبل هيئة مفوضي الدولة ، ولا سبيل إلى الخلط بينها وبين طلب وقف تنفيذ القرار الإداري ، وذلك أنه لئن جمعت بينهما ظروف الاستعجال التي لا محيص عن وجوب توافرها في كليهما ، إلا أن طلب وقف التنفيذ لا يتمخض أبداً عن دعوى مستقلة قائمة بذاتها ولا يقبل الادعاء به بصريح نص المادة ٤٩ من قانون مجلس الدولة المشار إليه مالم يرتبط بدعوى موضوعية بطلب في

(١) نقض رقم ٣٥٣ سنة ٣٠ ق - جلسة ١٩٦٥/٣/٣١ من ١٦ - ص ٤٢٥ .

★ جدير بالإحاطة أن القواعد والأحكام المتعلقة بنذب الخبراء لا تختلف أمام القضاء الإداري عن تلك الواردة بالباب الثامن من قانون الإثبات رقم ١٢٥ لسنة ١٩٦٨ وتحيل إليها وهي المشار إليها ابتداء من المادة (١٣٥) وحتى المادة (١٦٢) .

صحيفتها وقف التنفيذ وهذه الدعوى الأصلية دون طلب وقف التنفيذ المقترن بها هي التي تستلزم لها اجراءات تحضير الدعوى من قبل هيئة المفوضيين . أما دعوى اثبات الحالة كدعوى مستقلة لم يرد في شأنها مثل القيد المنصوص عليه في المادة ٤٩ (من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢) المشار اليها فلا معدى عن وجوب تحضيرها - ضمان سائر الدعاوى - من قبل هيئة مفوضى الدولة تحضيراً يوائم طبيعتها ولا يخل بطابع الاستعجال الذي لا ينفك عنها .

ومن حيث أن الثابت من الأوراق أن الحكم الطعين صدر في الدعوى قبل أن تقوم هيئة مفوضى الدولة بتهيئتها للمراقبة وتقديم تقريرها فيها ومن ثم شابه بطلان جوهرى على وجه يقتضى القضاء بالغاؤه واعادة الدعوى للفصل فيها مجدداً من دائرة أخرى من دوائر محكمة القضاء الادارى بعد أن تقدم هيئة مفوضى الدولة تقريرها فيها .

فلهذه الأسباب :

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفي موضوعه بالغاء الحكم المطعون فيه وباعادة الدعوى الى محكمة القضاء الادارى للفصل فيها مجدداً من دائرة أخرى،^(١) .

المبحث الرابع

اعتبار حكم وقف التنفيذ حكماً قطعياً ، ومدى تعدى أثر الحكم بالغاء القرارات الادارية المتعلقة بالعقود الادارية

(أولاً) : اعتبار حكم وقف التنفيذ حكماً قطعياً له مقومات الأحكام أو خصائصها (*) :

ان مجلس الدولة حين يفصل في طلب وقف التنفيذ إنما يصدر حكماً ، وهذا الحكم ، كما تقول المحكمة الادارية العليا (في حكمها الصادر في ٥ نوفمبر سنة ١٩٥٥ س ١ ص ٦٤) : «وان كان حكماً مؤقتاً ، بمعنى أنه لا يقيد المحكمة عند نظر

(١) حكم المحكمة الادارية العليا - في الطعن رقم ٥٢٧ لسنة ٢٥ ق - جلسة ١٩٨١/٢/٢٨ .
(*) راجع في هذا الشأن أيضاً حكم محكمة القضاء الادارى في القضية رقم ١٤٣٥ لسنة -

أصل طلب الالغاء ، الا أنه حكم قطعى ، وله مقومات الأحكام وخصائصها ، ويحوز قوة الشيء المحكوم فيه فى الخصوص الذى صدر فيه ، طالما لم تتغير الظروف ، وبهذه المثابة يجوز الطعن فيه أمام المحكمة الإدارية العليا استقلالا ، شأنه فى ذلك شأن أى حكم انتهائى ... (وذلك على فرض أن الحكم صدر من محكمة القضاء الإدارى) .

ولكن اذا كان الحكم الصادر فى طلب وقف التنفيذ - كقاعدة عامة - لا يقيد المحكمة عند التعرض للفصل فى طلب الالغاء ، فألى أى مدى تصل حريتها فى هذا الخصوص ؟ لقد تبين الرأى بين محكمة القضاء الإدارى والمحكمة الإدارية العليا فى هذا الصدد على النحو التالى :

فمحكمة القضاء الإدارى فى حكمها الصادر فى ٢٩ يناير سنة ١٩٥٧ (س ١١ ص ١٨٠) تقول :

... استقر قضاء هذه المحكمة على أن الحكم الذى تصدره محكمة وقف التنفيذ هو حكم قطعى ، له مقومات الاحكام وخصائصها ويحوز قوة الشيء المقضى به بالنسبة للوجه المستعجل للنزاع فقط ، وتتقيد به المحكمة بوصفه الجانب المستعجل للنزاع بحيث لا يجوز لها العدول عنه ، كما لا يجوز لأصحاب الشأن إثارة النزاع أمامها من جديد ، طالما أن الظروف الملائمة له لم تتغير ولكنه لا يقيد تلك المحكمة عندما تقضى فى موضوع طلب الالغاء ، لأن حكمها الأول حكم وقتى ويتناول الوجه المستعجل للنزاع فقط دون المساس بأصل الموضوع . ومن ثم يجوز للمحكمة عند نظر موضوع دعوى الالغاء العدول عنه كليا أو جزئيا ، بما فى ذلك ما تكون المحكمة قد فصلت فيه من دفعات أبدت أمامها من الخصوم بقصد التلليل على عدم جدية طلب وقف التنفيذ ، لأنه اذا كان من المسلم به أن الدفوع بصدد أية دعوى تعتبر من المسائل المتفرعة عنها ،

- ٢٥ ق - جلسة ١٩٧٢/٤/٤ - منشور بمجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة القضاء الإدارى - السنة ٢٦ من أول أكتوبر ١٩٧١ حتى آخر سبتمبر ١٩٧٢ .
وجاء بالحكم مايلى :

«الحكم الذى يصدر فى موضوع طلب وقف التنفيذ ولئن كان مؤقتا تطبقه ، فالتأقبت يعنى أن للحكم بوقف التنفيذ أو عدمه لا يحى أصل طلب الالغاء لأن الحكم الصادر فى طلب وقف التنفيذ يعتبر حكما قطعيا له مقومات الأحكام وخصائصها - كذلك يجوز حجية الأحكام فى خصوص موضوع الطلب طالما لم تتغير الظروف .

وكانت القاعدة أن الفرع يتبع الأصل ويأخذ حكمه ، فلا يستساغ أن يكون للحكم الصادر من محكمة وقف التنفيذ في الدفوع التي تثور أمامها قوة تفوق الحكم الصادر منها في موضوع طلب وقف التنفيذ ذاته . ومن ثم يكون الدفع بعدم جواز إعادة النظر في الدفوعين بعدم الاختصاص وبعدم القبول على غير أساس من القانون متعيناً رفضهما ، أو البحث في صحتها من جديد .

ولكن المحكمة الإدارية العليا ، حيث طعن أمامها في حكم محكمة القضاء الإداري السابق ، رفضت النتيجة التي انتهى إليها الحكم ، وقررت في حكمها الصادر في ١٢ أبريل سنة ١٩٥٨ (س ٢ ص ١١٠٣) أنه إذا كان حقاً أن الحكم الذي يصدر في موضوع الطلب سواء بوقف التنفيذ أو عدمه على حسب الظاهر الذي تبدو به الدعوى لا يمس أصل طلب الإلغاء ، فلا يقيّد المحكمة عند نظر أصل هذا الطلب موضوعاً ، فإنه يجب ألا يغرب عن البال أن الحكم الصادر في طلب وقف التنفيذ - كما قررت محكمة القضاء الإداري نفسها - هو حكم قطعي ، وله مقومات الأحكام وخصائصها .

ويبنى على ذلك أنه يجوز حجبة الأحكام في خصوص موضوع الطلب ذاته ، ولو أنه مؤقت بطبيعته طالما لم تتغير الظروف ، كما يحور هذا الحجية من باب أولى بالنسبة لما فصلت فيه المحكمة من مسائل فرعية قبل البت في موضوع الطلب كالدفع بعدم اختصاص القضاء الإداري أصلاً بنظر الدعوى لسبب متعلق بالوظيفة أو بعدم اختصاص المحكمة أصلاً بنظرها بحسب موضوعها أو بعدم قبولها أصلاً لرفعها بعد الميعاد أو لأن القرار المطعون فيه ليس نهائياً ، إذ قضاء المحكمة في هذا كله ليس قطعياً فحسب ، بل هو نهائي أيضاً ، وليس مؤقتاً ، فيقيدها عند نظر طلب الغائه . فما كان يجوز لمحكمة القضاء الإداري - والحالة هذه ، بعد إذ فصلت بحكمها الصادر في ٣ من مايو سنة ١٩٥٣ برفض الدفوعين بعدم الاختصاص ، وبعدم قبول الدعوى وبوقف تنفيذ القرار - أن تعود عند نظر طلب الإلغاء فتفصل في هذين الدفوعين من جديد ، لأن حكمها الأول كان قضاء نهائياً ، وحاز حجبة الأحكام ثم قوة الشيء المحكوم به ، ولو أنها قضت على خلاف ما قضت به أولاً لكان حكمها معيباً لمخالفته لحكم سابق حاز قوة الشيء المحكوم به وكان واجباً الغاؤه .

★ ويرى الفقه ونحن نؤيده أن ما انتهت إليه المحكمة الإدارية العليا صحيح في هذا الخصوص ، ذلك أن طبيعة إجراء وقف التنفيذ توجب أن تحتفظ المحكمة بحريتها

فى إلغاء القرار أو عدم الغائه بصرف النظر عن حكمها الصادر بوقف تنفيذة ، حتى لا يكون حكمها السريع فى طلب وقف التنفيذ حائلا بينها وبين أعمال حكم القانون السليم فيما يتعلق بمشروعية القرار المطلوب الغاؤه . وهذا الاعتبار لأثر له فيما يتعلق بالفصل فى الدفوع ، لأن محكمة وقف التنفيذ تفصل فيها عن بصيرة وبينة ، فلا محل للعودة الى مناقشتها من جديد ، فذلك مالا يتفق وحجية الأحكام .

ووقف التنفيذ وأن كان يتم بحكم ، الا أنه اجراء وقفى يظل معلقا على نتيجة الحكم فى طلب الإلغاء ، فيزول كل أثر للحكم اذا رفضت الدعوى موضوعيا ، ويصبح غير ذى موضوع اذا حكم بإلغاء القرار .

ومن ناحية أخرى فان وقف التنفيذ قد يرد على جميع آثار القرار المطلوب الغاؤه ، وقد يقتصر على أثر بعينه من آثاره ، شأنه فى تلك شأن الحكم بإلغاء القرار .

وجدير بالذكر أن التنازل عن الخصومة أمام محكمة القضاء الإدارى ينسحب أثره الى طلب وقف التنفيذ ، ويؤدى الى الحكم بإلغاء الحكم بوقف التنفيذ السابق صدوره قبل التنازل والمنظور أمام المحكمة الإدارية العليا^(١) .

وتجدر الإشارة الى أن الحكم الصادر فى طلب وقف التنفيذ يجوز الطعن فيه استقلالاً باعتباره حكما قطعيا وله مقومات الأحكام التى يجوز الطعن فيها أمام المحكمة المختصة ، فاذا كان صادر من المحاكم الإدارية فيمكن استئنافه أمام محكمة القضاء الإدارى بهيئة استئنافية ، واذا كان صادرا من محكمة القضاء الإدارى أو المحاكم التأديبية فيمكن الطعن فيه أمام المحكمة الإدارية العليا بشرط توافر الشروط المتعلقة بقبول الدعوى .

★ خلاصة القول أن الأحكام المستعجلة وأحكام وقف التنفيذ تعد أحكاما قضائية بالمعنى الفنى وهى لهذا تتمتع بما تتمتع به الأحكام الأخرى من حصانات وأهمها حجية الأمر المقضى بالمعنى الفنى ، لأنها صورة من صور الحماية القضائية ولا يحول دون ذلك القول بأنها حجية مؤقتة لأن تأقيت الحماية لا يمنع من كونها حماية قضائية ، اذ أن الأحكام الموضوعية ذاتها تحوز حجية مؤقتة ، قلقة مادام الطعن فيها جائز ، واذا كان الحكم الوقفى لا يقيد محكمة الموضوع ، ولاأثر له فى ثبوت الحق

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى ١١ مارس سنة ١٩٦١ من ٦ ص ٧٩٢ .

أو نفيه ، فإن ذلك لا يرجع الى كون الحكم الوقتي لا يحوز الحجية ، وإنما يرجع الى اختلاف الدعوى الموضوعية عن الدعوى التي صدر فيها الحكم المستعجل ، موضوعا وسببا ، إذ أن الحجية القضائية إنما هي حجية نسبية تقتصر على المسألة التي فصل فيها الحكم خصوما وموضوعا وسببا^(١) .

وبناء على ما تقدم تؤكد أن الأحكام الوقتية تحوز الحجية القضائية المانعة من إعادة نظر ما فصلت فيه طالما لم تتغير عناصر المسألة ، أو لم تتغير الظروف التي صدرت فيها هذه الأحكام ، وفضلا عن هذه الحجية ، فإن الأحكام الوقتية تعد أحكاما قطعية ، حاسمة للنزاع في مسألة معينة ، ومن ثم تستنفذ ولاية القاضي الذي يصدرها ، فلا يجوز العدول عنها أو التعديل فيها إلا إذا تغيرت الظروف التي صدرت فيها ، فالتسليم بحجية هذه الأحكام يفترض حتما التسليم بقطعيته الأمر الذي يؤدي الى استنفادها لولاية القاضي الذي يصدرها .

ونبين فيما يلي مفهوم قطعية الحكم ، ومفهوم الأحكام الموضوعية :

(أ) مفهوم قطعية الحكم :

القطعية بمعناها الاصطلاحي في هذا الخصوص ، هي الحسم الملزم لمسألة معينة ، وبعبارة أخرى الحسم القضائي لمسألة من المسائل حسما للنزاع حولها بين الخصوم ، لا رجوع فيه ولا عدول عنه ، من جانب المحكمة التي أصدرت العمل القطعي ، ومن جانب الخصوم إلا في الحدود التي يقررها المشرع .

★ ومن هنا يكون الحكم قطعيًا إن كان فاصلا في نزاع بين الخصوم حول مسألة معينة ، فصلا لا تستطيع المحكمة العدول عنه . وهذا ما تقتضيه طبائع الأشياء ، إذ أن القاضي بحكمه هذا ، يكون قد استفرغ جهده في بحث المسألة التي فصل فيها ، واستنفذ كل طاقاته الذهنية ، ونشاطه الفكري في تكوين الرأي القانوني فيما عرض عليه ، وقد أثر ذلك الجهد وهذا النشاط في القرار الحاسم الذي انتهى إليه ، والذي يعد تنمة طبيعية للجهد الذي بذل في الخصومة سواء من جانب الخصوم أو من جانب القاضي . فقد تقدم الخصوم بكل طلباتهم وتقدموا بكل ما لديهم من أدلة لاثباتها ، وأثاروا كل ما تجمع لديهم من دفاع ودفع . ومن ناحية أخرى ، فقد عكف القاضي

(١) راجع الطعن رقم ٢٣٢ س ٢٦ ق عليا جلسة ١٩٨٦/١١/٢٣ مشار إليه بمجموعة العليا ج أول من أكتوبر ٨٦ حتى فبراير ٨٧ ص ٢٦٥ ومابعدها .

على دراستها ، وانكب على تقديرها ووصل بذلك الى ما وصل اليه من قرار مقيد له ولهم . ولا يكون - والأمر كذلك - من الخير أو حسن أداء العدالة ، تكرار هذا الجهد ثانية ، لأن ذلك يؤدي الى تأييد المنازعات مما يعصف بالاستقرار القانوني للأوضاع والمراكز التي تحرص التشريعات على تحقيقها .

★ والقطعية بهذا المعنى ، لاتعنى الفصل في موضوع الدعوى المطالب به فحسب ، وإنما تعنى الفصل في مسألة من المسائل ، مثارة في الخصومة ، أما من الخصوم ، وأما من القاضى نفسه فحسب ، لتعلقها بالنظام العام ، سواء كانت مسألة موضوعية - في موضوع الدعوى أو في شق منها - أو اجرائية كالاختصاص أو الولاية أو صحة أو بطلان المطالبة وما الى ذلك ، وعلى هذا يعرف الفقه الحكم القطعى بأنه الذى يحسم النزاع فى مسألة معينة ، متعلقة بموضوع الدعوى كله أو جزء منه ، أو بمسألة متفرعة عنه وقد عرفته محكمة النقض بأنه الذى يضع حدا للنزاع فى جملة أو فى جزء منه أو فى مسألة متفرعة عنه ، بفصل حاسم لا رجوع فيه من جانب المحكمة التى أصدرته ولكنه يخضع لطرق الطعن فى الأحكام .

أما الحكم الذى لا يتضمن حسما للنزاع أو حلا لخلافات بين الخصوم فى مسألة معينة ، فلا يدخل فى عداد الأحكام القطعية التى تستنفد ولاية المحكمة التى أصدرته فجدير بالتكرار أن اعتبار الدعوى كأن لم تكن وأن كان يترتب عليه الغاء اجراءاتها إلا أنه لا يسقط الحق فى الأحكام القطعية الصادرة فيها أى أن اعتبار الدعوى كأن لم تكن لا يؤثر على ما تضمنه الحكم من قضاء قطعى^(١) .

(ب) مفهوم الأحكام الموضوعية :

هى تلك التى تصدر فى موضوع الدعوى ، أى الحق أو المركز القانونى محل الادعاء . سواء بتأكيد وجوده أو نفيه هذا الوجود . ويعد الحكم موضوعيا سواء كان صادرا باجابة المدعى الى طلباته كلها أو رفضها ، أو اجابة بعض طلباته دون البعض الآخر ويكون الحكم موضوعيا اذ كان فاصلا فى دفع من الدفوع الموضوعية ، وسواء كان صادرا بقبول الدفع أو رفضه .

(١) الطعن بالنقض رقم ٤٣١ لسنة ٤١ ق - جلسة ٧٥/١٢/٢٢ - ص ٢٦ - ص ١٦٤٦ ، مشار اليه بمجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً - ج ١ - المجلد الرابع ١٩٨٧ - ص ٣٩٣٠ - ٣٩٣١ بند ١١٨ .

وتعد الأحكام الموضوعية من أهم الأحكام القضائية قاطبة ، نظرا لما تلعبه من دور هام في الحياة القانونية . فالاستقرار القانوني لا يتحقق الا بها ، فهي تحقق اليقين القانوني حول وجود أو عدم وجود الحق أو المركز القانوني محل الادعاء ، فهي تشمل على الرأي القضائي الملزم للخصوم ولل قضاء معا ، فلا يجب على الخصوم إعادة المناقشة أو لمنازعة حول ما قضى به الحكم الموضوعي فلا يمكن لهم رفع الأمر ثانية الى القضاء ، كما يجب على المحاكم الأخرى أن تحترم ما قضى به الحكم الموضوعي الصادر من غيرها في الخصومات المستقبلية والتي يثار فيها ما قضى به حكم سابق ، ولذا تكتسب الأحكام الموضوعية فاعلية خارجية تتمثل في ضرورة احترام ما قضى به الحكم مستقبلا من جانب الخصوم والقضاء معا ، وهذه الفاعلية هي ما يطلق عليها حجية الأمر المقضي .

المبحث الخامس

(التمييز بين حجية الشيء المقضي وقوة الأمر المقضي)
ومدى تعدى الحكم بإلغاء القرارات الادارية المتعلقة بالعقود
الادارية

L'autorité de la chose jugée et force de la chose jugée

أولا : التمييز بين حجية الشيء المقضي وقوة الأمر المقضي :

★ ان حجية الأمر المقضي معناها أن للحكم حجية فيما بين الخصوم ، وبالنسبة الى ذات الحق محلا وسببا .

أما قوة الأمر المقضي فهي المرتبة التي يصل اليها الحكم اذا أصبح نهائيا غير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن الاعتيادية وان ظل قابلا للطعن فيه بطريق غير اعتيادي^(١) .

(١) وفي ذلك تقول محكمة النقض مايلي :-

«قوة الأمر المقضي صفة تثبت للحكم النهائي ، ولا يمنع من ثبوت هذه الصفة أن يكون الحكم مما يجوز الطعن فيه بطريق النقض أو أنه طعن فيه بالفعل» .

(طعن ٨٩١٥ لسنة ٤٤ ق - جلسة ١٩٧٨/٣/٣٠ من ٣٩ ق - ص ٩٣٢) .

فالحكم القطعي نهائيا كان أو ابتدائيا حضوريا أو غيابيا ، تثبت له حجية الشيء المقضي لانه حكم قضائي فصل في خصومة - ولكن هذا الحكم لا يحوز قوة الأمر المقضي الا اذا أصبح نهائيا غير قابل للطعن فيه بطريق اعتيادي ، والا فانه لا يحوز هذه القوة ، ولكن تكون له حجية الشيء المقضي . وتبقى هذه الحجية قائمة مادام الحكم قائما . فاذا ما طعن عليه بطريق اعتيادي كاستئناف أو قفّت حجيته واذا ألغى نتيجة للطعن زال وزالت معه حجيته ، أما اذا تأيد ولم يعد قابلا للطعن بطريق اعتيادي بقيت له حجية الأمر المقضي وانضافت لها قوة الشيء المقضي^(١) .

وعلى هذا فان حجية الشيء المقضي تثبت للأحكام القطعية بمجرد صدورها بصرف النظر عن قابليتها للطعن فيها بطرق الطعن العادية وغير العادية ، في حين ان قوة الأمر المقضي مرتبة اعلى يصل اليها الحكم اذا أصبح نهائيا أي غير قابل للطعن فيه بطرق الطعن العادية كالمعارضة والاستئناف ، وان ظل قابلا للطعن فيه بطريق غير اعتيادي كالنقض والتماس إعادة النظر ، وبذلك يمكن أن يكون كل حكم حائزا لقوة الأمر المقضي حائزا أيضا لحجية الشيء المقضي ولكن العكس غير صحيح^(٢) .

وبعد الاشارة الى تلك المبادئ العامة ننقل الى ما يتعلق بأحكام القضاء الاداري ، فنعرض حكما هاما للمحكمة الادارية العليا يتناول الشروط اللازمة لقيام حجية الأمر المقضي حيث نقول :

« ان ثمة شروطا لقيام حجية الأمر المقضي وهذه الشروط قسمين ، قسم يتعلق بالحكم ، وهو أن يكون حكما قضائيا ، وأن يكون حكما قطعيا ، وأن تكون

(١) الامتائين/ عز الدين الناصوري ، وحامد عكا/ «التعليق على قانون الاثبات» - ١٩٨٤ - مرجع سابق - ص ٣٦٩ وما بعدها .

(٢) الدكتور/ سليمان مرقص : «أصول الاثبات في المواد المدنية» - ١٩٥٢ - ص ٢٧٩ . وكذلك : دكتور/ حسني سعد عبد الواحد : «تنفيذ الأحكام الادارية» - رسالة دكتوراه - ١٩٨٤ - حقوق القاهرة - ص ١٥ وما بعدها .

ومما تجدر الاشارة اليه أنه كثيرا ما تستعمل عبارتي «قوة الأمر المقضي» بقصد حجية الشيء المقضي ، كما وقع بعض الفقه في هذا الخلط مستعملا التعبيرين بمعنى واحد وهو معنى «الحجية» ويرجع الخلط الى لغة القانون الفرنسي أما في اللغة العربية فيسهل التمييز بين الحكم القطعي ويحوز الحجية والحكم النهائي ويحوز الحجية والقوة معا .

الحجية في منطوق الحكم لا في أسبابه الا اذا ارتبطت الاسباب ارتباطا وثيقا بالمنطوق بحيث لا يقوم المنطوق بدون هذه الأسباب ، فان الأسباب في هذه الحالة تكون لها أيضا حجية الأمر المقضى - وقسم يتعلق بالحق المدعى به ، ويشترط أن يكون هناك اتحاد في الخصوم فلا يكون للحكم حجية الا بالنسبة للخصوم أنفسهم ، واتحادا في المحل اذ لا يكون للحكم هذه الحجية الا بالنسبة للموضوع ذاته وأن يكون أخيرا ثمة اتحاد في السبب،^(١) .

★ وقد اتجه الرأي القانوني الى أن الاحكام الصادرة بإلغاء القرارات الادارية تتعلق حجيتها بالنظام العام ، وقد سحبت المحكمة الادارية العليا هذا الحكم ليشمل بصفة عامة حجية الأحكام الصادرة في المنازعات الخاصة بالمراكز التنظيمية العامة سواء أكانت طعوننا بالإلغاء ، أو كانت من قبيل المنازعات الأخرى المتعلقة بالمرتبات والمعاشات الخاصة بالموظفين ، في حين ان الاحكام الصادرة في دعاوى المسؤولية والعقود الادارية لا تعتبر حجيتها من النظام العام^(٢) .

وقد جرت قواطين مجلس الدولة المتعاقبة على الإشارة الى أنه تسرى في شأن جميع الأحكام القواعد الخاصة بقوة الشيء المحكوم فيه ، على أن الأحكام الصادرة بالإلغاء تكون حجة على الكافة ، وعلى ذلك فان الأحكام الصادرة من جهات القضاء الاداري ذات حجية نسبية طبقا للأصل العام ، واستثناء من ذلك فان حجية أحكام الإلغاء تسرى في مواجهة الكافة أي أنها ذات حجية مطلقة لأن القرار موضوع الإلغاء لا يمكن اعتباره ملغيا بالنسبة لفريق ، وقائم بالنسبة لفريق آخر أو بالنسبة لحالات أخرى .

وبناء على ما تقدم فالإلغاء حجية مطلقة كما أن له أثرا رجعيا وننتاول ذلك على النحو التالي :-

(أولا) : الحجية المستتة لحكم الإلغاء :-

لأحكام مجلس الدولة الصادرة بسبب تجاوز السلطة مثلا أو غير ذلك من أسباب الإلغاء حجية الشيء ، لا حكوم به ، شأنها في ذلك سائر الاحكام القضائية ، ولكنها تزيد

(١) المحكمة الادارية العليا في ٢٨ فبراير ١٩٦٥ - السنة العاشرة القضائية - ص ٧٨٤ .

(٢) نكتور أحمد كمال الدين موسى - مرجع سابق - ص ١٦٤ - ويشير الى الادارية العليا

في ١٩٥٨/١/١٨ - ص ٣ ق - ص ٥٤٦ .

عليها وتختلف عنها في أن هذه الحجية مطلقة وليست نسبية ، فالحكم ينتج أثره ليس فقط في حق المدعى بل في مواجهة الكافة ، ويرجع ذلك الى طبيعة قضاء الالغاء فهو قضاء موضوعي ، فان قضى الحكم بالغاء قرار ادارى ترتب على ذلك زواله من الوجود وطبيعيا أن يكون هذا الزوال بالنسبة للكافة .

مثال :-

مثال ذلك أنه اذا صدر حكم بالغاء قرار ادارى ترتب على ذلك عدم امكان تنفيذ هذا القرار أو الاحتجاج به على أى فرد ، فيستطيع كل شخص أن يتمسك بهذا الالغاء ، وان كان الالغاء منصبا على لائحة ضبط ادارى مثلا فلا يجوز للادارة أن تقدم الافراد المخالفين لأحكامها للقضاء لتوقع عليهم العقوبة المنصوص عليها في هذه اللائحة ، بل إن كل الدعاوى والاجراءات التى تكون قد رفعت أو أتخذت في ظلها تصبح باطلة ويجب وقفها فوراً ، وكذلك الأحكام القضائية الصادرة بتوقيع عقوبات بناء عليها تعتبر باطلة ويجوز الطعن فيه بالطرق القانونية باستثناء الحالة التى يكون فيها الحكم قد حاز قوة الأمر المقضى به ، فحينئذ ترى محكمة النقض الفرنسية أنه واجب النفاذ بالرغم من الغاء اللائحة التى صدر تطبيقاً لها^(١) .

فالحكم بالالغاء يكون حجة على الكافة سواء تعلق الامر بقرارات ادارية تنظيمية ، أو فردية ، وبناء على ذلك فاذا رفعت دعوى اخرى من شخص أو أشخاص آخرين بطلب الغاء نفس القرار فان القاضى يحكم برفضها لانعدام موضوعها .

بعض الاستثناءات :

من أهم ما يمكن الاشارة اليه أن مبدأ الحجية المطلقة للحكم الصادر فى دعوى الالغاء ترد عليه بعض استثناءات يكون للحكم فيها أثر نسبى ، وبهذا يقترب من الحكم الصادر فى دعوى القضاء الكامل ، ونورد هذه الاستثناءات فيما يلى :-

١- اذا كان الحكم الصادر فى الطعن بسبب تجاوز السلطة مثلا قضى برفض الدعوى ، فيكون له فى هذه الحالة حجية نسبية ، اذ الحجية المطلقة لا تلحق الا الحكم بالالغاء ، والسبب فى ذلك أن الالغاء يترتب عليه زوال القرار الادارى من الوجود ،

(١) دكتور محمود حافظ : دروس فى القانون الادارى - رقابة القضاء لعمال الادارة - مرجع سابق - ص ١٣٠ - ١٣١ .

فلا يتصور أن يتجزأ هذا الزوال ، فيعتبر القرار موجودا بالنسبة للبعض وغير قائم بالنسبة للبعض الآخر .

أما في حالة رفض القاضى لدعوى الالغاء ، فان القرار الادارى يظل قائما ، ولذلك يجوز لغير المدعى أن يطعن فيه بالالغاء ، بل يمكن لنفس المدعى أن يستند الى أسباب أخرى جديدة فى الغائه مرة أخرى .

(٣) اعتراض الخارج عن الخصومة على الحكم الصادر فيها (معارضة الخصم الثالث) :

إذا صدر حكم بالغاء قرار ادارى معين فانه يكون حجة على الكافة ، ومن مقتضى هذه الحجية المطلقة ألا يسمح للغير ممن يمس حكم الالغاء بمصالحهم أو مراكزهم القانونية أن يطعنوا على هذا الحكم ، غير ان كلا من مجلس الدولة الفرنسى ومجلس الدولة المصرى خرجا على هذه القاعدة باجازه معارضة الخارج عن الخصومة أو بمعنى آخر معارضة الخصم الثالث .

(ثانيا) : مدى تعدى أثر الحكم بالغاء القرارات الادارية المتعلقة بالعقود الادارية :

أن الحكم بالغاء القرار الادارى يختلف فى درجة تعديه الى الغير وتأثره به افادة أو احتجاجا . فالأحكام الصادرة بالغاء القرارات الادارية المتعلقة بالعقود الادارية ، تختلف فى مدى تعدى أثرها الى الغير من عقد لآخر ، فضلا عن اختلاف أثرها من قرار لآخر . فبعض العقود ينشئ تنظيمًا قانونيًا يمس المراكز القانونية للغير ، والبعض الآخر لا يتعدى أثره انشاء التزامات شخصية ما بين الادارة والمتعاقد . فدرجة النظامية بارزة ظاهرة فى عقد الامتياز الادارى لحد كبير ، اذ أن النصوص التى تنظم علاقة الملتزم بالجمهور وجانب كبير من النصوص التى تنظم علاقة الملتزم بالادارة ذات صبغة لاثية بحتة . ولذلك فان القرارات الادارية التى تصدر بصدد مثل هذه النصوص تمس مصالح الغير ويمتد أثرها اليه . والحكم الصادر بالغاء قرار بزيادة تسعيرة الكهرباء أو النقل ، يمتد أثره الى الغير ويكون له أن يحتج به على الجهة التى صدر الحكم فى مواجهتها .

أما فى عقد التوريد فهو يقتصر على توليد التزامات وحقوق شخصية بين طرفيه .

ولذلك فإن امتداد أثر القرارات الصادرة في هذه العقود يختلف اختلافا كبيرا من حالة لأخرى ، وبالتالي فإن الأحكام الصادرة بالغاء هذه القرارات تختلف مثل هذا الاختلاف . فأحيانا تكاد هذه الأحكام لا يتعدى أثرها للغير كحكم بالغاء قرار بتوقيع غرامة على المتعهد لتأخره في توريد بعض الأصناف ، وأحيانا يمتد الأثر الى عدد يزيد أو يقل من الغير الذين تتأثر مراكزهم من حكم الالغاء^(١) .

المبحث السادس

اختصاص القضاء الإداري بأشكال التنفيذ

من المتفق عليه أن تنفيذ القرارات الإدارية يدخل في اختصاص القضاء الإداري طبقا لاختصاصه في هذا المجال عملا بمبدأ الفصل بين جهة القضاء العادي والإداري .

غير أنه إذا كان السند المتنازع في تنفيذه منفذا به على مال أو ماله التنفيذ على مال حتى لو كان هذا السند المنفذ بمقتضاه يتصل بجهة قضاء أخرى بخلاف جهة القضاء العادي فإن قاضي التنفيذ يختص بالمنازعة .

وقد قضت محكمة النقض بمايلي :

«أنه وإن كانت محكمة القضاء الإداري هي المختصة وحدها بالفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ، إلا أنه متى صدر الحكم فيها بالالتزام أصبح سندا يمكن التنفيذ به على أموال المحكوم عليه فتختص المحاكم المدنية بمراقبة إجراءات تنفيذه . والنظر في مدى صحتها وبطلانها باعتبارها صاحبة الولاية العامة بالفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالمال ، ويختص القضاء المستعجل وقاضي التنفيذ باعتبارهما فرعا منه بنظر الاشكالات الوقتية المتعلقة بالتنفيذ ، إذ

(١) دكتور/ مصطفى كمال وصفي ، أصول إجراءات القضاء الإداري - الكتاب الثاني - الأحكام وتنفيذها - ط / ١٩٦٤ - من ١٩٨ - ١٩٩ .

لا شأن لهذه الاشكالات بأصل الحق الثابت فى الحكم المستشكل فيه كما أنها لا تعد طعنا على الحكم وانما تتصل بالتنفيذ ذاته للتحقق من مطابقة أحكام القانون^(١) .

وجدير بالذكر أنه يجب ألا يكون المال المراد التنفيذ عليه من الأموال التى منع المشرع التنفيذ عليها .

ويرجع عدم جواز التنفيذ على الأموال التى منع المشرع التنفيذ عليها الى فكرتين :

الأولى : أن بعض الأموال لا يجوز بيعها ولا التنازل عنها ، ولذلك لا يجوز التنفيذ عليها لأن التنفيذ ينتهى فى الغالب ببيع المال .

الثانية : أن المنع من التنفيذ قصد به تحقيق أغراض خاصة اقتصادية أو مالية اجتماعية أو انسانية ، وعدم جواز التنفيذ تحقيقا لهذه الأغراض يرجع فى بعض الحالات لارادة الأفراد التى يقرها المشرع ويرجع فى الحالات الأخرى الى ارادة المشرع نفسه ، ولذلك يمكن تقسيم الأموال التى لا يجوز التنفيذ عليها الى ثلاثة طوائف :

(١) الأموال التى لايجوز التنفيذ عليها لعدم جواز التنازل عنها أوبيعها .

(٢) الأموال التى يرجع عدم التنفيذ عليها لارادة الأفراد .

(٣) الأموال التى يرجع عدم التنفيذ عليها الى ارادة المشرع .

وجدير بالذكر أن اشكالات التنفيذ التى تصدر فى حكم أصدرته احدى محاكم مجلس الدولة بحسب تكييفه القانونى هو منازعة ادارية يجب أن يختص بها مجلس الدولة بهيئة قضاء ادارى ، ولا يختص بها القضاء العادى الا فى الأحوال التى ينص عليها القانون كما هو الوضع بالنسبة الى التنفيذ على مال بتحفظات خاصة، حسبما سبق بيانه .

ونلك على سند من أن تنفيذ بعض أحكام مجلس الدولة بهيئة قضائية كأحكام الالغاء انما يتم بقرارات ادارية فيكون للتنفيذ علاقة ادارية ولا يمكن القول بغير نلك .

وفضلا عن نلك فان تنفيذه هذه الأحكام يتعلق بامتيازات ادارية معينة كعدم

(١) راجع فى هذا الشأن :

مولفنا : دعوى الالغاء ووقف تنفيذ القرار الادارى وقضاء التنفيذ وإشكالاته والصيغ القانونية أمام مجلس الدولة مع المبادئ العامة للقضاء المستعمل ص ٤٦٥ - القاعدة (٢٣) .

جواز التنفيذ الجبرى على الخزانة العامة وبعضها يتصل ببعض النواحي الادارية كاعتبارات الميزانية ، وعدم جواز المقاصة فى الديون الادارية ، وحصانات المال العام .

ويضاف الى ماتقدم أن هذه المنازعات تتصل بالموضوع الأسمى اتصالا وثيقا فيختص بها القضاء الادارى .

وأخيرا فان عرض الاشكال على محكمة القضاء الادارى التى أصدرت الحكم أمر طبيعى لأنها القاضى الطبيعى فى هذا الشأن^(١) .

ومن أهم ماتجدر الاشارة إليه أن المسائل المتعلقة بحق الملكية والحقوق العينية باعتبار أن موضوع جميع هذه المسائل يدخل فى وظيفة المحاكم ، ويختص قاضى الأمور المستعجلة بالحكم بالاجراءات التحفظية وباشكالات التنفيذ الخاصة بالالتزامات التعاقدية التى تحصل بين الحكومة لمصلحتها الخاصة ، وبين الأفراد بشأن أموالها الخاصة من بيع وشراء وإيجار وخلافه ، يخضع فيها الطرفان لنصوص وقواعد القانون المدنى الخاصة بالمعاملات ، ولا يغير من طبيعتها المدنية كونها صادرة من جهة الادارة لأنها تتدخل فيها بصفتها فردا عادية ، لا بصفتها سلطة عامة .

ولا يمكن القول بأن ادخال الفصل فى هذه المعاملات فى اختصاص المحاكم العادية به مساس بمبدأ الفصل بين السلطات بتحويل المحاكم الحق فى مراقبة جهة الادارة فى ارتباطاتها القانونية مع الغير ، لأن المعاملات المذكورة تكون ارتباطات مدنية صرفه تخضع فى تكوينها وآثارها الى قواعد وأصول القانون المدنى^(٢) .

كذلك نكرر القول بأن اشكالات التنفيذ على مال حالا أو مآلا يخضع لاختصاص قاضى الأمور المستعجلة ويخرج عن اختصاص القضاء الادارى حتى ولو كان الحكم المستشكل فى تنفيذه صادرا من محاكم مجلس الدولة .

(١) مؤلفنا مدعى الالغاء ووقف تنفيذ القرار الادارى وقضاء التنفيذ واشكالاته والصيغ القانونية أمام مجلس الدولة مع المبادئ العامة للقضاء المستعجل، ص ١٩٩٢ - ١٩٩٣ - الطبعة الأولى - ص ٤٣٣ .

(٢) دكتور/ سليمان محمد الطماوى ، قضاء التعويض وطرق الطعن فى الأحكام، ص ١٩٧٧ - ص ٣٩٢ - ٣٩٣ .

الفصل الثالث

دور التحكيم فى المنازعات التى تنشأ بين أجهزة الدولة^(١)

(أولاً) : لمحة عن قواعد الاختصاص :

المسلم به أن قواعد الاختصاص هى قواعد أمره ، فالمشرع هو الذى يحددها ، كما أنها تتعلق بالنظام ، ويترتب على ذلك نتائج خطيرة أهمها :

(١) أن الإدارة لا تستطيع أن تعدل فى قواعد الاختصاص عن طريق القرارات الإدارية ، بل يتعين أن يتم ذلك بقانون ، وكل تعديل بأداة أقل منه ، يصبح غير مشروع ، بهذا يجرى قضاء مجلس الدولة الفرنسى باستمرار ، ومن ذلك على سبيل المثال حكمه الصادر فى ٣٠ يوليو سنة ١٩٤٩ م.

(٢) لما كانت قواعد الاختصاص تتعلق بالنظام العام ، فإنه لا يجوز للإدارة أن تتفق على خلافها مع المتعاقد الآخر ، ولكن يجب أن نميز فى هذا الخصوص بين قواعد الاختصاص الولائى الصابغة لتوزيع الاختصاص بين جهتى القضاء العادى والإدارى ، وفى نطاق أحد الجهتين ، وفى هذه الحالة يكون الاتفاق على مخالفة قواعد الاختصاص باطلا ، ومن ثم فقد رأينا مدى أثر شروط الاختصاص على طبيعة المنازعة العقدية .

أما بالنسبة لقواعد الاختصاص المكاتبى فإن مجلس الدولة الفرنسى يتساهل فى الاتفاق على عكسها ، وقد أخذ المشرع الفرنسى بهذا القضاء سنة ١٩٥٣ .

(٣) وما يتصل بهذا الموضوع أيضا مدى شرعية شرط التحكيم والاتفاق على التحكيم ، والمسلم به فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، هو بطلان الشرط أو الاتفاق إلا إذا أجازته المشرع صراحة .

★ وإذا كان الحق ذاته محلا للنزاع وخشيت الجهة الإدارية أن تخسر الدعوى فلا تثريب عليها إذا اتجهت الى فض هذا النزاع عن طريق الصلح كما أن المحكمة تطبق حكم المواد ٥٤٩ ، و ٥٥١ و ٥٥٢ مدنى فى خصوص مقومات عقد الصلح ،

(١) للتوسع فى دراسة التحكيم فى النظم المختلفة - راجع مؤلفنا «الإدارة الحديثة للمؤسسات والشركات العامة بمصر والدول العربية وتجربة اشتراك العمال فى الإدارة» ط/١٩٨٨ من ١٨١ - ١٩٩ .

الا كتابة أو بمحضر رسمي وفقاً للمادة ٥٥٢^(١) ، إنما قصد به مجرد الإثبات لا انعقاد الصلح في ذاته ، وتقرر أن عبارات الصلح يجب أن تفسر تفسيراً ضيقاً ، وأن النزاع إذا ما انحسم صلحاً ، جاز لكل من المتصالحين أن يلزم الآخرين به ، ولا يجوز لأحدهم أن يمضي في دعواه أو يثير النزاع أمام القضاء متجاهلاً هذا الصلح ، والا جاز للمتصالح الآخر أن يطلب فسخ الصلح دون إخلال بحقه في التعويض^(٢) .

وثمة فارق أيضاً بين التحكيم بآثاره القانونية المعروفة وبين اتفاق الإدارة مع المتعاقدين معها على إحالة موضوع خلافي إلى أهل الخبرة ، ولكن المسلم به في هذه الحالة أن رأي الخبير ليس له أثر القرار الصادر في التحكيم .

ويجوز المشرع في مصر على جواز فض المنازعات بين الدولة والغير عن طريق التحكيم .

كما أن المشرع نفسه لا يجذب التقاضي بإجراءاته الطويلة المعقدة ، وبما يكلفه من مشقة وإضاعة للأموال ، على الأمل في المنازعات بين الجهات الحكومية ، وبالنسبة للقطاع العام ، ولهذا نظم التحكيم في المنازعات بين الوحدات الاقتصادية التابعة للقطاع العام في القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ ، كما أنه أخرج المنازعات بين الجهات الحكومية من الاختصاص القضائي لمجلس الدولة ، وعهد بها إلى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ، وجعل رأياً ملزماً على النحو الذي نصته المادة (٦٦) من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢^(٣) .

(١) تنص المادة (٥٤٩) منى على مايلي :

«الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً ، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه .

وتنص المادة (٥٥١) منى على مايلي :

«لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام . ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم .

وتنص المادة (٥٥٢) منى على مايلي :

«لا يثبت الصلح إلا بالكتابة أو بمحضر رسمي» .

(٢) مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا في ١٥ سنة - ١٩٦٥ - ١٩٨٠ - الجزء الثاني - س ١٩٨٢ - ص ١٨٦٧ - ١٨٦٨ (حكمها في ١٠/٢/١٩٦٨) .

(٣) فتوى قسم الرأي رقم ٥٦ في ١٠/٢/١٩٥٤ .

(ثانيا) : دور الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى المنازعات التى تنشأ بين الوزارات والمصالح العامة أو بين الهيئات المحلية أو بين هذه الجهات ومنها منازعات العقود الادارية أو عقود الادارة التى لا تخضع للقانون العام وتختص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بابداء رأى مسيبا فى المنازعات التى تنشأ بين الوزارات أو بين المصالح العامة أو بين الهيئات العامة أو بين المؤسسات العامة أو بين الهيئات المحلية أو بين هذه الجهات وبعضها البعض . ويكون رأى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى هذه المنازعات ملزما للجانبين .

وقد كان هذا الاختصاص معقودا فى ظل القانون ١١٢ لسنة ١٩٤٦ - لمحكمة القضاء الادارى - الا أنه منذ التعديل الذى أدخل على ذلك القانون نقل الاختصاص بنظر المنازعات الادارية بين المصالح والوزارات والهيئات الاقليمية والبلدية الى قسم الرأى . ويقول تقرير اللجنة التشريعية فى مشروع القانون الخاص بمجلس الدولة فى ذلك الوقت أن «الوضع الحالى يقحم المحكمة فى أمر هو إلى الافتاء أقرب منه إلى القضاء»^(١) .

ويلاحظ أن منازعات ما قبل التعاقد^(٢) ليست منازعة بمعنى الكلمة ، فهى خصومة تتصارع فيها المصالح ، وليس هناك حق يثور حوله نزاع . علاوة على أن ليس هناك عقد ، وأن المسألة لا تعدو أكثر من خلاف بين مشروعين عامين على القيام بعمل يفصل فيه برأى من هيئات التحكيم ملزم للجانبين ، وفى هذا يستوى اختصاص هيئات التحكيم باختصاص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع . وبالتالي ماتباشره هيئات التحكيم فى هذا الشأن هو إلى الافتاء أقرب منه إلى القضاء^(٣) .

وخلاصة القول أن أى نزاع بين شخصين من أشخاص القانون العام أيا كان موضوعه لايطرح على القضاء بل تفصل فيه الجمعية العمومية المشار اليها . ويندرج فى ذلك بطبيعة الحال المنازعات المتعلقة بعقود الادارة سواء كانت عقود

(١) مجموعة مضابط مجلس النواب - دور الاعتقاد العادى الرابع - المجلد الرابع ١٩٤٨ - ص ٢٦٤٢ .

(٢) المادة ٦٦ من قانون تنظيم مجلس الدولة ، الجريدة الرسمية - العدد رقم ٤٠ الصادر بتاريخ ٥ من أكتوبر سنة ١٩٧٢ .

(٣) دكتور/ شمس مرغنى على «التحكيم فى منازعات المشروع العام (دراسة مقارنة)» ص ١٩٧٤ - ص ٣٠٤ - ٣٠٥ .

إدارية أو عقود الإدارة التي لا تخضع للقانون العام . ولكن من المسلمات أيضا أن الجمعية العمومية وهي مكونة أساسا من مستشاري مجلس الدولة سوف تفصل في هذه المنازعات مستهدية بقواعد القانون العام . ومن ثم فإن نظرية العقد الإداري لن تفقد قيمتها حتى في هذا المجال .

(ثالثا) : التحكيم في ظل قانون قطاع الأعمال رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ م :

تنص المادة (٤٠) من هذا القانون على مايلي :

«يجوز الاتفاق على التحكيم في المنازعات التي تقع فيما بين الشركات الخاضعة لأحكام هذا القانون أو بينها وبين الأشخاص الاعتبارية العامة أو الأشخاص الاعتبارية من القطاع الخاص أو الأفراد وطنيين كانوا أو أجانب وتطبق في هذا الشأن أحكام الباب الثالث من الكتاب الثالث من قانون المرافعات المدنية والتجارية» .

وتنص المادة (٤١) من هذا القانون على مايلي :

«طلبات التحكيم بين شركات القطاع العام أو بينها وبين جهة حكومية مركزية أو محلية أو هيئة عامة أو هيئة قطاع عام أو مؤسسة عامة التي قُضت قبل تاريخ العمل بهذا القانون وكذلك منازعات التنفيذ الوقتية في الأحكام الصادرة فيها يستمر نظرها أمام هيئات التحكيم المشكلة طبقا لأحكام قانون هيئات القطاع العام وشركاته الصادرة بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ وطبقا للأحكام والإجراءات المنصوص عليها فيه» .

(١) راجع (المحاضرة - ملحق المدينين للتاسع والعاشر - نوفمبر وديسمبر ١٩٩١) .

الباب السابع

مفهوم نظرية فعل الأمير ، ومدى أخذ كل من الفقه
والقضاء بها ، وتقدير التعويض في ظلها
مع أحكام مختارة من القضاء الإداري وفتاوى قسم
الرأي والجمعية العمومية للفتوى والتشريع

الباب السابع

مفهوم نظرية فعل الأمير ، ومدى أخذ كل من الفقه والقضاء بها ،
وتقدير التعويض في ظلها مع أحكام مختارة من القضاء الإداري
وفتاوى قسم الرأى والجمعية العمومية للفتوى والتشريع

الفصل الأول

عرض النظرية وأساسها القانونى والشروط العامة لتطبيقها

المبحث الأول

عرض النظرية وأساسها القانونى

وتقدير التعويض في ظلها

(أولا) : عرض النظرية :

ان مناط توافر شروط هذه النظرية أن يكون الفعل الضار صادرا من جهة الإدارة المتعاقدة ، فاذا ما صدر هذا الفصل عن شخص معنوى عام غير الذى أبرم العقد تخلف أحد شروط هذه النظرية وامتنع بذلك تطبيق أحكامها ، ولكن ذلك الامتناع لا يحول دون تطبيق نظرية الحوادث الطارئة اذا ما توافرت شروطها^(١) .

ويقصد بعبارة «فعل الأمير» كل إجراء تتخذه السلطات العامة من شأنه أن يزيد في الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أوفى الالتزامات التى ينص عليها العقد ، مما يطلق عليه بصفة عامة «المخاطر الإدارية» .

وقد تصدر هذه الإجراءات من الجهة الإدارية التى أبرمت العقد أو من جهة إدارية أخرى ، وقد تتخذ شكل قرار إدارى خاص أو شكل قواعد تنظيمية عامة . وقد يؤثر ذلك على العقد تأثيرا مباشرا أو تأثيرا غير مباشر . وهناك تطبيقات كثيرة للتعديلات

(١) المحكمة الإدارية العليا - ١٤٧ - ١١ (١٩٦٩/١/١١) ٢٣٢/٣٠/١٤ .

المباشرة للعقد تثار بمناسبة سلطة الادارة المتعاقدة في التعديل . ومن قبيل التعديلات غير المباشرة أن تصدر اجراءات تنظيمية عامة تشريعية أو لائحية، بفرض رسوم جمركية على مهمات أو مواد أولية يحتاج اليها المتعاقد مع الادارة ، أو رفع تلك الرسوم ، أو تسعير بعض السلع ، أو أن يكون من شأن الاجراءات التنظيمية العامة رفع الحد الأدنى لأجور العمال والمستخدمين ، أو تقرير اعانة غلاء أو معاشات لهم ، أو تحديد ساعات العمل ، أو حظر تشغيل فنيين أو عمال من الأجانب فيضطر المتعاقد مع الادارة الى فصلهم وتعويضهم ومن جهة أخرى الى الاستعاضة عنهم بغيرهم الخ ..

وتقضى نظرية فعل الأمير ، أو بمعنى آخر عمل الأمير، بأنه اذا توافرت في تلك الاجراءات شروط معينة جاز للمتعاقد مع الادارة المطالبة بتعويضه تعويضاً كاملاً عن نتائج الأضرار التي تكون لحقت به على أثر تحمله تلك المخاطر الادارية .
(ثانياً) : أساس النظرية وتبرير التعويض في ظلها :

★ ونعرض ذلك على النحو التالي :

(١) المسؤولية على أساس الخطأ :

★ الاجراءات التي تتيح المطالبة بالتعويض ، اجراءات مشروعة في نفسها ، سواء صدرت عن الهيئة الادارية المتعاقدة حين تمارس سلطتها في تعديل نص من نصوص العقد ، أم عن أية سلطة أخرى تتخذ اجراء عاماً .

ومن ثم تستبعد مبدئياً فكرة المسؤولية على أساس الخطأ . انما تعويض الادارة للأفراد في ظروف معينة عن الأضرار التي قد تكون لحقت بهم حتى اذا لم يصدر من جانبها أي خطأ ، يؤسس بوجه عام على فكرة تحمل المخاطر أو التبعات ، ويعتبر مظهراً عاماً من مظاهر تطور القانون الاداري نحو تضيق النطاق الذي تعفى فيه الادارة من المسؤولية .

(٢) الأثر بلا سبب :

★ نظراً الى أن الادارة لا ترتكب خطأ حين تتخذ اجراءات تستهدف الصالح العام ، فقد ذهب بعض الفقهاء الى تأسيس التعويض على فكرة الأثر بلا سبب ، فمادامت الادارة قد انقصت بقرار صادر من جانبها وحدها المزايا المالية التي اتفقت عليها مع متعاقديها ، فانها تكون بذلك قد أثرت بكون أن يستند هذا الأثر الى سبب في العقد .

ولاشك في أن تحليل التعويض على هذا الأساس ينطوي على وجه من الصحة ، وذلك حين يكون الاجراء صادرا من الجهة الادارية المتعاقدة ، اذ أنه يربط بين تعديل نصوص العقد من جانب هذه الجهة الادارية ، وبين التعويض الذي يترتب على هذا التعديل .

على أن هذه الفكرة كانت موضع نقد ، اذ أنها تخضع التعويض لضرورة اثرء لصالح الادارة على حساب المتعاقد معها ، بينما أن هذا التعويض يدفع للمتعاقد مع الادارة حتى اذا لم تصب الادارة أى اثرء ، ثم انها تحدد قيمة التعويض بما تكون الادارة حققته من اثرء ، بينما الواقع أنه عند تحديد هذا التعويض لا يدخل في الاعتبار الا ما يكون قد أصاب المتعاقد مع الادارة من افقار على أثر مالحقة من ضرر أو فاته من كسب ، وأخيرا فان تطبيق هذه الفكرة يؤدي الى قصر حق المتعاقد مع الادارة في التعويض على حالة ما اذا كان اختلال التوازن المالى للعقد جاء نتيجة لاجراء صادر من الادارة المتعاقدة نفسها ، بينما حق المتعاقد مع الادارة يتجاوز هذه الحالة ويشمل أحيانا الحالات التي تكون الاجراءات صادرة فيها من جهة أخرى غير الجهة الادارية المتعاقدة .

(٣) نصوص العقد :

★ ويرد بعض الفقهاء مصدر التزام الادارة المتعاقدة بالتعويض الى نصوص العقد نفسه . وذلك على اعتبار أن المتعاقد مع الادارة لم يتعهد في العقد الا بالقياس الى محل ثابت بالذات وعلى أساس سبب مجدد ، وأنه لم يقبل تحمل بعض الالتزامات الا مقابل عوض معين . غير أن البعض يرى أن محل العقد الاداري ليس ثابتا كما هو الحال بالقياس الى العقود المدنية ، انما هو متطور وينبغي أن يساير مقتضيات المستجدة ، فتعديل التزامات المتعاقد مع الادارة (بزيادة أعبائه أو بانقاص مدى الخدمات التي يعتمد عليها ، بل بانتهاء العقد) حتى يكون المرفق العام مسايرا للتطور ، يستتبع تعديل العوض الذي يحصل عليه ، والا كان محل العقد على أثر تعديله أو انهائه مفتقرا الى سبب صحيح .

ونحن نرى أن هذه الفكرة تصلح الى حد بعيد لتأسيس التزام الادارة المتعاقدة بالتعويض في حالة تعديل نص من نصوص العقد من جانبها وحدها . ولكنها قاصرة عن تبرير التعويض في حالة ما اذا كان الاجراء المعدل للمركز المالى للعقد صادرا من جهة غير الجهة

الادارية المتعاقدة . لذلك ينبغي ، الى جانب الاعتماد على هذه الفكرة ، اضافة فكرة أخرى يمكن اعتبارها أساسا للتعويض . وهي مساواة الأفراد أمام الأعباء العامة .
ونبينها فيما يلي :

★ أن مبدأ مساواة الأفراد أمام الأعباء العامة ، من المبادئ العامة التي استحدثها القانون الإداري . فجميع الأفراد ملزمون بالمساهمة في تحمل التكاليف العامة بقدر يتناسب مع مركزهم ومع قدراتهم وامكانياتهم . والمتعاقد مع الإدارة يساهم في نشاطها مساهمة خاصة ، ويتحمل من جراء ذلك عبئا يزيد عما يتحمله غيره من الأفراد ، صحيح أنه يحصل مقابل هذا العبء الخاص على عوض مالي ، ولكن إذا ما تقررت للإدارة سلطة زيادة هذا العبء الخاص دون أن يعرض المتعاقد معها عن تلك الزيادة لاختل مبدأ مساواة الأفراد أمام التكاليف العامة ، إذ أن المتعاقد مع الإدارة يتحمل بذلك ضريبة تقع أعباؤها عليه وحده دون بقية المواطنين .

★ ومبدأ المساواة أمام الأعباء العامة يصلح أساسا للتعويض سواء صدر إجراء التعديل من الهيئة الادارية المتعاقدة أم من غيرها من الهيئات الادارية ، وسواء أكان التعديل يمس العقد بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر .

★ على أن تعديل العقد إذا كان عاما ، بمعنى أن الإجراء لا يقصد به المتعاقد مع الإدارة بالذات ، إنما يمس هذا المتعاقد كما يمس غيره من الأفراد ، فينبغي في هذه الحالة تحديده بقرنين .

(أولا) : أن يكون الضرر الذي يلحق بالمتعاقد مع الإدارة ضررا خاصا .
(ثانيا) : أن يترتب على هذا الضرر اختلال التوازن المالي للعقد .

ولاشك لدينا في أن هذه الفكرة تبنى على العدالة والملاءمة ومساواة الأفراد أمام التكاليف العامة في ظل النظام الضريبي السليم .

المبحث الثاني

الشروط العامة لتطبيق نظرية فعل الأمير

- لتطبيق هذه النظرية يخضع حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض للشروط العامة الآتية :

(١) أن يتصل الإجراء بعقد إداري : فينبغي بادئ الأمر أن يكون التعديل منصبا على عقد إداري ، ومن ثم يستبعد تطبيق النظرية على عقود الإدارة المدنية .

(٢) أن يكون الاجراء صادرا من الأشخاص المعنوية العامة : ويرتقب على ذلك أن تعديل تنفيذ العقد اذا كان مرده الى ظروف خارجية عامة (وقوع حرب ، ظروف اقتصادية) ، فتطبق بشأنه نظرية الظروف الطارئة .

★ غير أنه على أثر تدخل الادارة المطرد في النطاق الاقتصادي ، يجب أن يلاحظ بهذا الصدد التداخل الوثيق في الوقت الحاضر بين الميدان الاقتصادي والميدان الاداري ، بحيث تصعب التفرقة بينهما في كثير من الأحيان .

(٣) أن يكون الاجراء غير متوقع : فلذا توقعت نصوص العقد هذا الاجراء ، كان المتعاقد مع الادارة قد أبرم العقد وهو مقدر لهذه الظروف^(١) .

على أنه حتى اذا لم ينص العقد على احتمال اتخاذ هذا الاجراء فطبيعي أن المتعاقد مع الادارة يعلم بأن من حقها اتخاذ اجراءات من شأنها تعديل العقد ، وعلى ذلك يجب أن يقال أن الاجراءات التي تخوله حقا في التعويض هي تلك التي تكون غير متوقعة وتجاوزت القدر المعقول ، وللقضاء تقدير ملائسات هذه الظروف .

(٤) أن يسبب الاجراء ضررا فعليا للمتعاقد مع الادارة :

★ لو أن المسؤولية كانت تعاقدية لكفى أن يثبت المتعاقد مع الادارة أنها أخلت بأحد التزاماتها حتى يتقرر حقه في التعويض . ولكن مادامت مسؤولية الادارة هنا لا تؤسس على خطأ ، انما الاجراءات التي تتخذها بهذا الصدد نتيجة لممارسة سلطتها في التعديل ، وفي اصدار قرارات تنظيمية عامة قد تؤثر في العقد ، وهي في كلا الحالين سلطة مشروعة ، فينبغي حتى يتقرر حق المتعاقد مع الادارة في التعويض أن يثبت أنه لحق به ضرر .

٥ - افتراض أن الادارة المتعاقدة لم تخطئ حين اتخذت عملها الضار فمسئوليتها عقدية بلا خطأ^(٢) .

(١) محكمة القضاء الاداري في ١٦ يونيو سنة ١٩٥٣ (المجموعة من ٧ ص ١٥٦٣) .

(٢) أخذت المحكمة الادارية العليا مسلك مجلس الدولة الفرنسي في تحديد هذه الشروط في حكمها الصادر في ٢٠ مايو سنة ١٩٦١ من ٦ ص ١١٣٣ .

نطاق تطبيق النظرية

يختلف نطاق تطبيق النظرية باختلاف ما اذا كانت الاجراءات المتخذة تؤثر على العقد فتعديله تعديلا مباشرا أو تعديلا غير مباشر . ونوضح ذلك ممايلي :

★ ★ التعديلات المباشرة للعقد :

★ التعديلات المباشرة - كما ذكرنا - تلك التي تكون نتيجة الاجراءات التي تمس نصا من نصوص العقد أو مجموع نصوصه اساسا مباشرا . وهذه التعديلات غالبا ما تكون نتيجة لاجراء فردي خاص صادرا من الادارة المتعاقدة وهي تمارس سلطتها في التعديل ، ومن قبلها زيادة نطاق الأعمال التي يعهد بها الى المتعاقد مع الادارة ، أو على العكس تضيق نطاق هذه الأعمال عن الحد المتفق عليه والذي كان المتعاقد مع الادارة يعتمد عليه لتحقيق ارباحه ، أو عدم تنفيذ العقد طبقا للشروط الموضوعية ، ادخال تعديل على تنظيم المرفق العام تجعله مختلفا عما كان عليه وقت ابرام العقد أو الخ ...

وقد تكون هذه التعديلات المباشرة نتيجة لاجراء تنظيمي عام (صدر قانون أو لائحة) .

فإذا نص العقد أو القانون على التعديلات ووضع حلولاً لها طبقت هذه الحلول ، والا فتطبق بشأن التعديل الشروط العامة للنظرية .

(خامسا) : التعديلات غير المباشرة للعقد :

★ والتعديلات غير المباشرة تكون نتيجة لاجراءات تنظيمية عامة (قوانين أو لوائح) لا يقصد بها تعديل العقد نفسه ، ولكنها تؤثر على العقد فتجعل تنفيذه اشد عسرا ، أو أكثر نفقات ، أو أقل ارباحا ، ومن هذا القبيل التشريعات الضريبية أو الجمركية ، والتشريعات الاجتماعية أو العمالية التي تفرض التزامات جديدة ، ولوائح الضبط الاداري ، والرسوم التي تفرضها الهيئات المحلية الخ ... ولا يؤثر في هذا الوصف كون المتعاقد مع الادارة هو الذي ينصب عليه وحده هذا الاجراء بحكم الواقع^(١) . وإذا كان من الجائز فيما يتعلق بالتعديلات المباشرة أن تكون نتيجة

... (١) فإذا فرضت إحدى البلديات رسما على طائفة معينة من المحلات الصناعية ، فلا يغير عضومية هذا الرسم كون المتعاقد مع الادارة هو الشخص الوحيد الذي يخضع له ، اذا تصانف ان انصب عليه وحده بحكم الواقع . انظر في ذلك حكم محكمة القضاء الاداري في ١٦ يونيو سنة ١٩٥٣ . (المجموعة ص ٧ ص ١٥٦٣) .

لاجراء فردى خاص صادرا من الجهة الادارية المتعاقدة او لاجراء تنظيمى عام يمس العقد على وجه خاص ، فان التعديلات غير المباشرة تكون دائما نتيجة لتطبيق اجراء تنظيمى عام على العقد .

على أنه يجب التمييز بهذا الصدد بين ما اذا كان هذا الاجراء العام صادرا من الجهة الادارية المتعاقدة أم من جهة ادارية أخرى . فاذا كان الاجراء العام صادرا من الجهة الادارية المتعاقدة طبقت النظرية اذا كان من شأن الاجراء أن يؤثر على العنصر الرئيسى للعقد . مثال تلك فرض رسوم محلية على القمح باعتباره مادة أولية اساسية وتمس هذه الرسوم ملتزم توريد الإضاءة بالغاز ، أو رفع الرسوم على الشعير على أثر التعاقد مع متعهد بتوريد هذا الصنف ، اما اذا كان الاجراء العام صادرا من الجهة إدارية غير الجهة الادارية المتعاقدة (تشريعات اجتماعية أو عمالية أو ضرائبية أو اقتصادية) ، فقد تطورت احكام مجلس الدولة الفرنسى فى شأن تطبيق النظرية بهذا الصدد .

ففى بادىء الأمر قضى مجلس الدولة بأن تأثير الاجراءات التشريعية أو اللائحية على العقد ليس من شأنه أن يستتبع للمتعاقد مع الادارة حقا فى التعويض ، وذلك تطبيقا للمبدأ الذى كان يقرر عدم مسئولية الدولة عن اعمالها التشريعية .

وتطور قضاء مجلس الدولة فى هذا الشأن ، فذهب الى أنه يجوز أن تطبق نظرية فعل الأمير فى مثل تلك الأحوال ، بشرط أن تكون عناصر العقد التى مسها الاجراء (أثمان ، ضرائب ، أجور الخ ..) قد احتلت فى ذهن المتعاقد مع الادارة مكانة رئيسية وقت إبرام العقد ، وان يكون من شأن التعديل الاخلال بالتوازن العالى للعقد اخلا لا خطيرا .

ويبدو أن مجلس الدولة قد تحول عن موقفه هذا فى أحكامه الأخيرة إذ قضى بأن الاجراءات التشريعية أو اللائحية المتصلة بالاقتصاد الموجه ليس من شأنها أن تستتبع تطبيق نظرية فعل الأمير بل نظرية أخرى تختلف عنها فى شروطها وفى أحكامها وهى نظرية الظروف الطارئة والتى سنتولى عرضها بالباب التالى .

الفصل الثانى

الحالات التى رفض فيها مجلس الدولة الفرنسى وشايعه مجلس الدولة المصرى التعويض على أساس نظرية عمل الأمير والحالات التى قبل فيها التعويض على أساس هذه النظرية

المبحث الأول

حالات رفض التعويض على أساس نظرية عمل الأمير فى ظل أحكام القضاة الفرنسى والمصرى - وقسم الرأى وفتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع

(أولاً) : رفض مجلس الدولة الفرنسى التعويض على أساس عمل الأمير :
ونورد بعض التطبيقات القضائية فيما يلى :

(١) فى مجال الضرائب والرسوم والتى تؤدى الى صعوبة التنفيذ ومثال ذلك فرض ضرائب جديدة ذات طابع عام ، أو زيادتها على الانتاج وماشابه ذلك .

(٢) فى مجال الاجراءات الاجتماعية كالتشريعات التى تستهدف تحسين أحوال العمل والعمال والتى يكون من شأنها زيادة أعباء التنفيذ ، مثل التشريعات الخاصة بزيادة الأجور أو بغلاء المعيشة ، أو التأمين ضد اصابة العمل ، أو منح أجازات بأجر للعمال أو ماشابه ذلك .

(ثانياً) : رفض مجلس الدولة المصرى التعويض على أساس نظرية عمل الأمير فى الحالات التالية :

(١) رفضت محكمة القضاء الادارى فى حكمها الصادر فى ١٦ يونية سنة ١٩٥٣ أن تعوض الشركة المدعية عن الأضرار التى لحقتها من جراء فرض رسم بلدى على انتاج الكهرباء ، وبررت رفضها بما يلى :

من حيث أن فرض الرسم الذي تضعه القرار المطعون فيه كان متوقفا وقت التعاقد بمقتضى البند ١٧ من عقد الامتياز ، فضلا عن أنه لم يجاوز الحد العادل المعقول ولم يتضمن أى تمييز فى التكاليف بين المنطويين تحت أحكامه ، وأن هذا الرسم وما تقول به الشركة من زيادة فى سعر التكلفة ونقص فى الاستهلاك لم يؤد الى ارهاقها فى التزاماتها والى الاختلال المالى للعقد ، وكل ما يحتمل أن يكون قد ترتب عليه ، أن صح دفاع الشركة فى هذا الصدد ، أن أرباحها المتزايدة قد تناقصت ... ولكن هذا النقص لم يصل الى المساس بالربح المعقول الذى كان متوقفا عند التعاقد^(١) .

(٢) كذلك رفضت المحكمة التعويض فى حكمها الصادر فى ٨ مارس سنة ١٩٥٤ على أساس نظرية عمل الأمير مقرر مائلى :

«إذا كان التعاقد قد تم بين المدعى ومصلحة المستشفيات الجامعية فى ظل أحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ الخاص بقمع الغش والتدليس الصادرة بتنفيذه قرار وزير التجارة والصناعة رقم ٦٣ لسنة ١٩٤٣ وفى ظل أحكام القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٥٠ ، فاذا استعمل وزير الصحة الرخصة المخولة بمقتضى القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٥٠ وأصدر قرارا بالمواصفات الخاصة بالالبان ومنتجاتها . وجب على المدعى توريد اللبن طبقا لهذه المواصفات ، ولو كان القرار الصادر بهذه المواصفات قد صدر بعد تعاقد ، وكانت النسب المحددة به للدسم والمواد الصلبة مرتفعة عما تعاقد عليه ، وذلك لأنه كان يعلم عند تعاقد أن هذه النسب عرضة للتعديل بما لوزير الصحة من حق فى تحديد هذه المواصفات بمقتضى القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٥٠ . وهذه ملازمات تعاقد فى طلب الحكم بانفساخ العقد المبرم فى ٢٨ يونيه سنة ١٩٥٢ . ولا يجدي القول بأن فى توريد اللبن طبقا للمواصفات المعدلة ما يؤدى الى ارهاقه بحجة أنه إتفق مع صغار المنتجين على تمويله بالالبان التى تعاقد على توريدها والبان مواشيه لا تنتج النسب التى حددها القرار سالف الذكر ، لا يجدي ذلك لأن من مقتضى هذا القرار أنه يحظر على أى شخص كان من صغار المنتجين بيع اللبن أو عرضه أو حيازته بقصد البيع مالم يتوافر فيه المواصفات والنسب التى حددها القرار الوزارى ، والا اعتبر اللبن مغشوشا وعرض صاحبه للمحاكمة ، وهو وضع يؤدى به بلا شك الى امتناع صغار

(١) محكمة القضاء الادارى فى ١٦ يونيه سنة ١٩٥٣ - س ٧ ق - ص ١٥٧٨ .

المنتجين عن تمويله باللبن الا اذا كان متوافرا فيه النسب المحددة بالقرار
الوزارى سالف الذكر...^(١) .

★ ويلاحظ أن الفقرات الأخيرة من هذا الحكم - بصرف النظر عن صدره -
قاطعة في ابراز سبب رفض التعويض ، وعو عدم خصوصية الضرر ، لأن الاعباء
التي فرضها القرار الوزارى قد مست جميع المشتغلين بتجارة اللبن .

(٣) فتوى قسم الرأى :

أفتى قسم الرأى مجتمعا في ١٧ يولية سنة ١٩٥٤ بأن قرار مجلس الوزراء
الصادر بتخفيض قيمة الجنيه المصرى بالنسبة للدولار يعتبر «حادثا استثنائيا عاما في
حكم المادة ١٤٧/٢ من القانون المئى» . أى أنه رفض اعتبار هذا الاجراء العام من
قبيل عمل الأمير . ، وطبق عليه أحكام نظرية الظروف الطارئة^(٢) ، وهو المسلك
الذى يلتزمه مجلس الدولة الفرنسى فى الوقت الحاضر .

(٢) فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع :

وفى فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى الصادرة فى ٢٨ أكتوبر سنة
١٩٦٤ (س ١٩ - ص ٥١) رفضت تعويض «الشركة الفنية للاعمال» عن فروق
الأسعار الخاصة بمهمات مطلوب استيرادها بسبب حرب سنة ١٩٥٦ ، وعمولة
شركة مصر للتجارة الخارجية ، وعلاوة حساب التصدير ، ورسم اخصائى جمركى
ورسم بحرى ، لأن جميع هذه المبالغ لا ترجع الى تدخل مباشر من جهة الادارة
المتعاقدة (الادارة العامة للمياه بوزارة الاسكان والمرافق) . وأنه يشترط لاعمال هذه
النظرية صدور اجراء خاص أو عام من جانب جهة الادارة المتعاقدة ، لم يكن متوقعا
وقت التعاقد ، ويترتب عليه الحاق ضرر خاص بالمتعاقدين لا يشاركه فيه سائر من
معهم هذا الاجراء^(٣) .

(١) محكمة القضاء الادارى حكمها الصادر فى ٨ مارس سنة ١٩٥٤ - السنة الثامنة - ص

٨٨٠ .

(٢) فتوى قسم الرأى مجتمعا رقم ٣٦٠ الصادرة فى ١٧ يولية سنة ١٩٥٤ - مجموعة فتاوى
المجلس - السنة الثامنة ونصف التاسعة - ص ٤٦ .

(٣) فتوى الجمعية العمومية الصادرة فى ١٠ فبراير سنة ١٩٦٥ - س ١٩ - ص ٣٠٩ .

المبحث الثانى

الحالات التى قبل فيها مجلس الدولة الفرنسى وشايعة مجلس الدولة المصرى التعويض على أساس عمل الأمير

★ نبين فيما يلى بعض التطبيقات القضائية فى ظل أحكام القضاء الفرنسى والمصرى على النحو التالى :

(أولا) : قبل مجلس الدولة الفرنسى التعويض على أساس نظرية عمل الأمير فى الحالات التالية :

(١) أن يمس الاجراء العام موضوعا جوهريا كان له دوره الحاسم فى دفع الفرد الى التعاقد ، وقد قضى مجلس الدولة الفرنسى بذلك فى حكمه الصادر فى ٩ إبريل سنة ١٨٩٧ .

(٢) بناء التعويض على فكرة الضرر الخاص ، أى أن مجلس الدولة الفرنسى لا يمكن أن يعوض عن الضرر المترتب عن الاجراءات العامة الا اذا أثبت المتعاقد أن ضررا خاصا قد لحقه وأن هذا الضرر الخاص لا يشاركه فيه سائر مايمسهم القرار العام^(١) .

(ثانيا) : قبل مجلس الدولة المصرى التعويض على أساس نظرية عمل الأمير مشايعة القضاء الفرنسى فى حالات نذكر منها على سبيل المثال ما يلى :

(١) قضت محكمة القضاء الادارى فى ٢٠ يناير سنة ١٩٥٥ بما يلى :

«يشترط لقيام الحق فى التعويض تأسيسا على نظرية عمل الأمير أن تصدر الحكومة تشريعا عاما جديدا يمس مركز المتعاقد معها بضرر خاص . والضرر الخاص يتحقق اذا أصاب التشريع الجديد - على الرغم من عمومية نصوصه - المتعاقد وحده دون مجموع الشعب ، أو اذا ما أصابه بضرر من الجسامة بحيث يتجاوز بكثير ما أصاب مجموع الشعب»^(٢) كما أشارت إلى ذلك بعض فتاوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى بمجلس الدولة .

(١) الدكتور/ سليمان محمد الطماوى ، العقود الادارية، - مرجع سابق - ص ٦٤٨ - ٦٤٩ .

(٢) محكمة القضاء الادارى - حكمها فى ٣٠ يناير سنة ١٩٥٥ م - مجموعة الأحكام السنّة.

التاسعة - ص ٢٦٨ .

★ كذلك يمكن تطبيق نظرية عمل الأمير اذا التزمت الادارة موقفا سلبيا بامتناعها عن تطبيق القوانين واللوائح التي يتعين تطبيقها اذا ترتب على هذا الامتناع فرض أعباء جديدة على المتعاقد مع الادارة .

★ ويرى العميد الطماوى تطبيق الحكم من باب أولى فى حالة ما اذا ألغت الادارة اجراء عاما كان يعول عليه المتعاقد عند ابرام العقد ، ويطلق الفقهاء على هذا الموقف تسمية (عمل الأمير السلبى) . وقد أخذ بذلك مجلس الدولة الفرنسى فى حكمه الصادر فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٤ .



الفصل الثالث

خلاصة تحديد التعويض ومداه في ظل نظرية فعل الأمير مع
الأحكام والفتاوى المتعلقة بالتوازن المالي للعقد
(المنبثق عن نظرية فعل الأمير)

المبحث الأول

التعويض الكامل

(أولاً) : يجب على الإدارة أن تعوض المتعاقد تعويضاً كاملاً إذا ما ثبت أن
العمل الضار من قبيل عمل الأمير، والتعويض الكامل يشمل العنصرين
الأساسيين لكل تعويض وهما : ما يلحق المتعاقد من خسارة بسبب عمل الأمير ،
كالنفقات الإضافية نتيجة فرق السعر ، أو الرسوم الجديدة .. الخ والعنصر الثاني
هو ما فاته من كسب ويشمل المبالغ المعقولة التي كان من حق المتعاقد أن يعول
عليها لو لم يخلل توازن العقد نتيجة لعمل الأمير .

★ وقد تولت محكمة القضاء الإداري إبراز هذا المبدأ في حكمها الصادر في
٣٠ يونيو سنة ١٩٥٧ حيث تقول :

«ان القاعدة بالنسبة للتعويض على أساس التوازن المالي للعقد ... أنه إذا لم
يكن مقداره متفقاً عليه في العقد ، فإن جهة الإدارة لا تملك أن تستقل بتقديره ،
بل يقدره قاضي العقد اعتباراً بأنه ينشأ عن تكاليف غير متوقعة ، وإن كل ما هو غير
متوقع يعتبر خارجاً عن نطاق العقد ، فلا تطبق عليه شروطه . ولتعبير عدم
التوقيع، في هذه الخصومة معنى خاص بها هو أن التكاليف الزائدة التي تلقى
على عاتق المتعاقد تعتبر غير متوقعة . مادام أنها ليست جزء من الاتفاق .
بمعنى أنه لا يقابلها في شروط العقد أي تقدير . والمحكمة إنما تقدر هذا التعويض
طبقاً للقواعد المقررة في القانون الإداري في هذا الشأن وهو يشمل عنصرين :

العنصر الأول : ما لحق المتعاقد من خسارة . ويتضمن هذا العنصر المصروفات
الفعلية التي أنفقها المتعاقد . وهذه المصروفات تختلف باختلاف الأحوال وطبيعة

التعديل ونتائجه . ومثال ذلك ما اذا طلبت الادارة سرعة انجاز الأعمال ، فإن ذلك قد يؤدي الى زيادة التكاليف على المتعاقد بدفع أثمان مرتفعة أو زيادة في أجور الأيدي العاملة . كما أنه من الجائز أن يترتب على تعديل العقد أثناء تنفيذه خسائر متنوعة ، وفي هذه الحالة يجب تقدير هذه الخسارة مادامت علاقة السببية قائمة بينها وبين الأجراء الذي طلبت جهة الادارة من المتعاقد معها اتخاذه .

العنصر الثاني : مافات على المتعاقد مع الادارة من كسب اعتبارا بأن من حقه أن يعرض عن ربحه الحلال عن عمله ورأس ماله .

(ثانيا) : ولكن الملاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي يخرج أحيانا على مبدأ التعويض الشامل في بعض الصور ، لأسباب مختلفة . ومما لاحظته الفقهاء في هذا الصدد :

(أ) أن مجلس الدولة الفرنسي - وفقا لقضاء مستقر في هذا الصدد - يهمل عنصر الكسب المتخلف في بعض الصور . كما هو الشأن في حالة انتهاء الادارة لبعض العقود نتيجة لظروف الحرب أو بسبب وقف القتال . فهنا يكتفى المجلس بتعويض الأضرار الفعلية المترتبة على فسخ العقود دون اعتبار للأرباح التي كان من شأن المتعاقد أن يحققها لو لم يتم الفسخ .

(ب) ولا يحكم مجلس الدولة الفرنسي بتعويض كامل للمتعاقد اذا كان قد ساهم بخطئه في احداث بعض الأضرار المترتبة على عمل الأمير ، أو ساعد على زيادة تلك الأضرار . فحينئذ يستنزل المجلس من التعويض المقدار المناسب لخطأ المتعاقد . وهذه الحالة - كما هو واضح - مجرد تطبيق للقواعد العامة .

(جـ) هل يمكن للادارة أن تضمن العقد شرطا يتضمن عدم مسئوليتها قبل المتعاقد ؟

★ يرى الفقه في مصر أنه لا يتصور من الناحية العملية أن يقبل متعاقد مثل هذا الشرط فيعرض نفسه لمخاطر لا حد لها ، ولكن اذا حدث ذلك عملا فيجب في هذه الحالة التمييز بين حالتين :

(الحالة الأولى) : حالة الاعفاء المطلق من المسؤولية : ويجمع الفقه الإدارى على عدم مشروعية مثل هذا الشرط . وهذا ما أعلنته محكمة القضاء الإدارى المصرية فى حكمها الصادر فى ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٧ . حيث تقول :

«من المقرر فى العقود الإدارية أن جهة الإدارة لا تملك أن تضع فيها نصا عاما بعدم مسئوليتها يعفيها من الالتزام بتعويض الضرر الحادث للمتعاقد معها لأن ذلك يتعارض مع المبادئ المقررة فى القانون الإدارى من ثبوت حق المتعاقد مع الإدارة فى التعويض طبقا للنظريات السائدة فى نظام العقود الإدارية ومنها حقه فى التوازن المالى للعقد . وتطبيقا لهذه القاعدة ، لا يمكن للإدارة أن تضمن عقودها شرطا عاما يقضى باعفائها من جميع الأضرار المترتبة على أعمال الأمير^(١) .

★ كذلك يرى الفقه أن ظروف الحال تقتضى الخروج على مبدأ التعويض الكامل فى حالتين وهما :

(أولا) : حالة فسخ العقد بسبب العمليات الحربية .

(ثانيا) : اذا ساهم المتعاقد بخطئه فى احداث بعض الأضرار المترتبة على عمل الأمير . وسبقت الإشارة إلى ذلك .

★ كما يرى الفقه فى مصر وفرنسا أنه لا يمكن للمتعاقد أن يتنازل بصفة مطلقة عن المطالبة بالتعويض عن أى ضرر قد يصيبه بفعل الأمير أثناء قيامه بتنفيذ العقد المبرم بينه وبين الإدارة ، فمثل هذا التنازل يعتبر غير مشروع .

★ وقد جرى قضاء محكمة القضاء الإدارى على مايلى :

«إنه من المقرر فى العقود الإدارية أن جهة الإدارة لا تملك أن تضع بعقودها نصا عاما بعدم مسئوليتها واعفائها من الالتزام بتعويض الضرر الحادث للمتعاقد معها ، لأن ذلك يتعارض مع المبادئ المقررة فى القانون الإدارى من ثبوت حق المتعاقد مع الإدارة فى التعويض طبقا للنظريات السائدة فى نظام العقود الإدارية ومنها حقه فى التوازن المالى للعقد .

(١) راجع أيضا حكمها الصادر فى ١٤ أبريل سنة ١٩٦٥ (السنة ١٤ ص ٣٦ ، حيث تؤكد المحكمة عدم شرعية الشرط الذى تضمنه الإدارة عقودها والخاص بحرمان المتعاقد من حق التمسك بالقوة القاهرة أو الظروف الطارئة ، لأن ذلك يتنافى مع طبيعة العقود الإدارية .

هذا ويلاحظ أن شرط الاعفاء الذى ينصب على اجراء معين هو شرط مشروع اذا توقع المتعاقدان اجراء بعينه من الاجراءات المتوقعة وقت ابرام العقد كفرض ضريبة معينة ، أو زيادة سعرها ... ونص على تحمل المتعاقد لما يترتب عليها من آثار ، غير أن مجلس الدولة الفرنسى يتشدد فى تفسير مثل هذا الشرط .

★ ★ ويلاحظ مايلى :

★ تحديد التعويض فى العقد : كثيرا ما ينص العقد على التعويض الذى يدفع للمتعاقد مع الادارة عن الأضرار التى تكون لحقت به ، غير أن مبدأ هذا التعويض الكلى لا يتعلق بالنظام العام ، فللطرفين فى العقد أن يتفقا على عكس ذلك اذا كان فيه ما يحقق مصالحهما إذ يجوز النص على قصر التعويض على جزء من الضرر . على أنه اذا نص العقد على عدم التعويض حاز مع ذلك للمتعاقد مع الادارة أن يطالب بالتعويض اذا أثبت أن الاعباء الجديدة التى ألقيت على عاتقه لم تدخل فى تقديرات الطرفين وأنها استتبعت اخلافا خطيرا للتوازن المالى للعقد .

★ عدم نص العقد على التعويض : فإذا لم ينص العقد على التعويض ، ولم يصل الطرفين الى الاتفاق على تحديده ، تولى القضاء فى هذه الحالة تقديره .

ويراعى القضاء فى تقديره للتعويض عنصرين كثيرا ما يجمع بينهما حتى يكون التعويض كليا :

★ فيراعى من جهة ، الخسائر الفعلية التى تكون لحقت بالمتعاقد مع الادارة وترد اليه النفقات التى يكون صرفها دون أن يعرض عنها .

★ كما يراعى من جهة أخرى ما فاته من كسب كان من حقه أن يتوقعه طبقا لشروط العقد ، ويتحقق هذا بصفة خاصة فى حالة انتهاء العقد قبل الموعد المقرر له .

وهذا التعويض هو المترتب على تطبيق نظرية فعل الأمير ، اذ تراعى فيه الخسارة الفعلية للمتعاقد مع الادارة من ناحية ، ومافاته من كسب من ناحية أخرى ، وهو يتميز بهذا الطابع الشامل عن التعويض الناشئ عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة حيث لا يشتمل كلا العنصرين . حسبما سيأتى بيانه .

المبحث الثانى

الأحكام والفتاوى المتعلقة بالتوازن المالى للعقد

جدير بالاحاطة أن محكمة القضاء الادارى المصرية قد اتيج لها أن تبسط فكرة التوازن المالى للعقود الادارية ، وأن تضعها فى مكانها الصحيح فى حكمها لصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ ، كما أن المحكمة الادارية العليا اعتمدت فى الكثير من أحكامها على فكرة التوازن المالى أو الاقتصادى للعقد الادارى . كما أفتت الجمعية العمومية للقسم الاستشارى بمجلس الدولة بذلك .

★ ولأهمية هذه الأحكام والفتاوى نشير اليها فيما يلى :

(أولا) : الحكم الصادر من محكمة القضاء الادارى فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ :

تقول المحكمة :

.... ان الفقه والقضاء الادارى ، قد خلق نظرية التوازن المالى للعقد ، وغيرها من النظريات والقواعد التى تحقق بقدر الامكان توازنا بين الأعباء التى يتحملها المتعاقد مع الإدارة ، وبين المزايا التى ينتفع بها ، على اعتبار أن العقد الادارى يكون فى مجفوعه كلا من مقتضاه وجوب التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين ، وتعادل كفة الميزان بينهما ، وذلك بتعويض المتعاقد فى أحوال وبشروط معينة حتى ولو لم يصدر خطأ من جانب الإدارة ، مع اختلاف مقدار التعويض ، فتارة يكون التعويض كاملا ، وتارة يكون جزئيا . وأيا كانت الأسانيد التى قامت عليها هذه النظريات والقواعد ، واختلاف الرأى فى مبرراتها ، فإنه مما لا شبهة فيه انها ترتد فى الحقيقة الى أصل واحد وهو العدالة المجردة التى هى قوام القانون الادارى . كما أن هدفها الأعلى هو تحقيق المصلحة العامة بناء على فهم صحيح لطبيعة العلاقة بين من يتعاقد معها من الهيئات والأفراد فى شأن من شئون المرافق العامة . وبهذا الفهم أمكن حل أغلب مشكلات العقود الادارية ووضحت معالم الطريق لعلاجها على الوجه الصحيح . وان هذه المحكمة ترى من الخير - بمناسبة الدعوى الحالية - التنبيه الى أن القواعد والاصول والنظريات التى وضعها الفقه والقضاء الادارى فى هذا الشأن انما كانت وليدة البحث والتقصى وثمره التجارب حقبة طويلة من الزمن لكثير من مختلف أنواع المنازعات التى قامت بين

جهات الادارة والمتعاقدين معها ، وأن الاطار العام الذى دار فيه البحث رسمته ضوابط واعتبارات شتى وحقائق غير منكورة ، حاصلها أن يكون مفهومها أن حق جهة الادارة فى الحصول على المهمات والأدوات أو أداء الخدمات وانجاز الأعمال المطلوبة بأرخص الأسعار وأقل التكاليف يقابلها من جانب المتعاقد معها أن يهدف الى تحقيق ربح مجز له من رأس ماله المستفل كله أو بعضه أو بما وضعه لنفسه من نظام الاستهلاكات الحسابية . ولكن هذا الوضع لا يعنى أن يقف كل منهما ازاء الآخر موقف التربص والتوجس وانتهاز الفرص أو موقف الطرف المتخاصم فى نزاع أن ظل كامنا فهو خليك بأن يتحول فى أية لحظة الى دعوى تطرح أمام القضاء . بل أن الحق الخالص فى شأن العلاقة بين جهة الادارة والمتعاقد معها ، أن تنظر اليها جهة الادارة من زاوية تراعى فيها كثيرا من الاعتبارات الخاصة التى تسمو على مجرد الحرص على تحقيق الوفر المالى للدولة ، وأن الهدف الأساسى هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام ، وحسن أداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة انجازها ، وأن ينظر اليها المتعاقد مع الادارة على أنها مساهمة اختيارية منه ومعاونة فى سبيل المصلحة العامة ، فيجب أن تؤدى بأمانة وكفاية . وهذا وذاك يقتضى من الطرفين قيام نوع من الثقة المتبادلة بينهما وحسن النية والتعاقد والتساند والمشاركة فى وجهات النظر المختلفة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات . وبهذا تطمئن جهة الادارة الى حسن التنفيذ وانجازه فى مواعيده المحددة ، ويطمئن المتعاقد معها الى أنه سينال - لقاء اخلاصه وأمانته وحسن قيامه بالعمل - جزاءه بالأوفى وأجره العادل .

ولذلك ينبغى ألا يعتبر المتعاقد صاحب مصلحة متعارضة مع مصلحة الدولة لمجرد أنه يبغي من تعاقدته تحقيق ربح حلال ، إذ أن هذا حقه الذى لا ينازع فيه . وهو لا ينقلب الى صاحب مصلحة متعارضة مع مصلحة الدولة الا منذ اللحظة التى ينحرف فيها عن الجادة ويتنكب سبيل الأمانة أو يحاول الحصول على ربح حرام غير مشروع - أيا كانت وسائله فى ذلك - أو يسرف فى طلب الربح ويشتط فيه على حساب الخزانة العامة . وفى هذه الحالة يكون من حق الادارة أن تفسد عليه سعيه فتحرمه ثمرة غشه وتحبس عنه الربح الحرام أو تنزل بأرباحه الى الحد المعقول ، لأن الأرباح الفاحشة انما تؤخذ من أموال الدولة ومن مجموع الأفراد وعلى حساب المصلحة العامة ، مع أن الأعمال التى تؤدى تكون لمصلحة المجموع لا لمصلحة من يقيمونها لحساب المجموع . ويقابل ذلك أن المتعاقد مع الادارة - مع

حسن وزنه للأمور وسلامة تقديره واتخاذ الحيطة الواجبة - قد تصادفه عند التنفيذ ظروف استثنائية وأمور لم تكن في الحسبان ، وصعوبات غير منظورة لم يكن يتوقعها أو يتعرض لمخاطر إدارية أو اقتصادية وينشأ عن ذلك زيادة أعبائه المالية زيادة يختار معها التوازن المالي للعقد ، ويصاب بخسارة محققة ، فيكون من حقه على جهة الإدارة ألا يتحمل وحده كل الغرم وأن تساهم معه جهة الإدارة بقدر معين ، فتعرضه تعويضاً عادلاً عما يصيبه من أضرار ولو لم يكن هناك خطأ من جانب الجهة الإدارية التي تعاقد معها ، تأسيساً على أنه ليس من العدل والانصاف وحسن النية في المعاملات أن يترك مثل هذا المتعاقد فريسة لظروف سيئة لا دخل له فيها وبدون أي تعويض استناداً إلى نصوص العقد الحرفية ، ولمجرد الحرص على تحقيق الوفر المالي والرغبة الملحة في الحصول على المهمات والأدوات أو إنجاز الأعمال المطلوبة بأرخص الأسعار ، لأن معنى ذلك ، استباحة نهبه وتدميرته وتضحيته وهو أمر - إلى جانب مجافاته للعدالة - فإنه يتفق والمصلحة العامة ، إذ ينتهي الأمر إلى إحدى نتيجتين : أما إلى خروج المقاولين أو متعهدي التوريد الأمناء الأكفاء من سوق التعامل مع الدولة ، أو انصرافهم عن الاشتراك في المناقصات مستقبلاً ، فيتلف التزام غير الأكفاء وغير الأمناء ، وتقع المنازعات والاشكالات التي تنتهي إلى تعطيل المرافق العامة وبخاصة بالنسبة للأعمال الانتاجية والاقتصادية والعمرانية الضخمة ذات الأهمية الخاصة ، وبما تتطلبه من كمال فني ودراسات وأبحاث وتجارب لا تتوافر إلا في طائفة معينة من الشركات الكبرى ، بما لها من إمكانيات فنية ومالية وإدارية وما تملكه من آلات وأدوات خاصة .. وأما أن يعتمد هؤلاء إلى تأمين أنفسهم بأن يحتسبوا ضمن أسعار التكلفة ، وبالتالي من ضمن أسعار عطاءاتهم ، مبلغاً للاحتياط ضد تلك المضار والأخطار المحتملة ، وتكون النتيجة زيادة عامة في الأسعار التي تتم بطريق المناقصة مما يفوت على جهة الإدارة غرضها في الحصول على أصلح الأيدي العاملة بأفضل الأسعار وأمنها . وهذه كلها نتائج يجب تفادي الأسباب المؤدية إليها لأنها لا تتفق والمصلحة العامة كما سبق القول ... يضاف إلى ما تقدم أن لجهة الإدارة ميزة الخروج على مبدأ المساواة بين طرفي العقد بثبوت حقها في تعديل العقد من جانبها وحدها وفي الحدود التي تقتضيها المصلحة العامة ، وهي إذ تمارس سلطة التعديل كحق مشروع مقرر لها يمكن أن تزيد من الأعباء الملقاة على عاتق المتعاقد معها . ولذلك فإنه - تحقيقاً للعدالة - يكون من حق المتعاقد مع الإدارة أن يعرض تعويضاً عادلاً عن الأضرار التي تلحق بمركزه التعاقدى أو تقلب

ظروف العقد المالية على أثر ممارسة الإدارة لسلطة التعديل ، ذلك لأن إيثار ضرورات المرافق العامة على المصالح الخاصة للمتعاقد مع الإدارة ، ليس معناه التضحية بهذه المصالح ، بحيث يتحمل المتعاقد مع الإدارة وحده عبء جميع هذه الأضرار ، ولضرورة قيام التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين وتعادل كفتي الميزان بينهما ، والا انتهى الأمر الى النتائج السابق بيانها . وهي لا تتفق مع المصلحة العامة بل هي لا تحققها في قليل أو كثير

★ وفي فقرة أخرى من الحكم ذاته تقول المحكمة في نفس المعنى :

«أن من طبيعة العقود الإدارية أنها تحقق بقدر الامكان توازنا بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها اعتبارا بأن نصوص العقد تؤولف في مجموعها كلا من مقتضاه التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين ، فإذا ترتب على تعديل التزامات المتعاقد مع الإدارة زيادة في أعبائه المالية ، فإنه ليس من العدل ولا من المصلحة العامة نفسها أن يتحمل المتعاقد وحده تلك الأعباء . بل يكون له في مقابل ذلك أن يحتفظ بالتوازن المالي للعقد تأسيسا على أن هذا العقد ينظر اليه كوحده من حيث تحديد الحقوق المالية للمتعاقد ، فإذا ما انتهى تدخل الإدارة في العقد بالتعديل الى الإخلال بهذه الحقوق كما حددت عند إبرام العقد ، فيجب إعادة التوازن المالي للعقد الى ما كان عليه . كما أنه إذا كان حق الإدارة في التعديل أمرا يفترض قيامه في ذهن المتعاقد مع الإدارة عند إبرام العقد بحيث يكون للإدارة استعمال هذا الحق من غير أن ينص عليه في العقد ، فإنه يجب أن يقابل هذه السلطة حق آخر للمتعاقد في أنه يقدر من جانبه هو أيضا أن جهة الإدارة ستعوضه عما يلحقه من ضرر نتيجة لممارستها سلطة التعديل . وهذا التعويض يقوم على أنه لا يتصور أن المتعاقد مع الإدارة يقبل معاونتها في تسيير المرفق بالمجان وبغير مقابل ، بل الطبيعي أنه قرر طبقا لتقديراته أنه سيظفر مقابل التزاماته العقدية بفائدة معينة وربح معلوم ، فإذا سلم للإدارة بحق التعديل تحقيقا للمصلحة العامة ، فإن العدالة تأبى حرمان المتعاقد من حقه المشروع في الفائدة أو الربح الذي قدره عند إبرام العقد ... هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإنه إذا قام في الاعتبار أنه من الأمور المسلمة أن يحقق المتعاقد مع الإدارة مصلحته الخاصة ، كما أنه من الأمور المسلمة كذلك أن تحقق الإدارة المصلحة العامة ، فإنه لا يكون للمتعاقد وجه للشكوى في حالة التعديل إذا عوضته الإدارة

بما يتناسب مع مكان يقدره لنفسه من ربح أو فائدة عند إبرام العقد ... وبهذه الضوابط تكون العقود الادارية قائمة على وجود تناسب بين الالتزامات التي تفرضها ، والفوائد التي يجنيها المتعاقدون منها . فإذا قامت جهة الادارة باجراء تعديل أو تغيير في هذه الالتزامات ، فإن الفائدة تتغير هي الأخرى وبطريقة آلية تبعاً لذلك ، حتى يظل التوازن المالي للعقد قائماً ، إذ أن هذا التوازن المالي أمر مفترض في كل عقد اداري ، ومن حق المتعاقد مع الادارة أن يعرض على مقتضاه ، دون حاجة الى النص على ذلك في العقد ، لأنه ليس مما يتفق مع العدالة والمصلحة العامة أن يتحمل هذا المتعاقد وحده عبء التعديل ويحرم عليه الاحتفاظ بالتوازن المالي للعقد ، كما أن إثارة ضرورة المرفق العام على المصالح الخاصة للمتعاقد مع الادارة ليس معناه التضحية بهذه المصالح بحيث يتحمل المتعاقد وحده جميع الأضرار الناشئة عن التعديل ... ولو أن الأمر جرى على خلاف ذلك وأببح للادارة حق التعديل دون أن تلتزم بمقابل ذلك بالتعويض على أساس التوازن المالي للعقد ، لانتهى الأمر من الناحية العملية الى أن أحداً من الناس لن يقبل المجازفة فيبرم مع الادارة عقداً يخضع لمحض تحكم سلطتها العامة ويتعرض فيه الى خسارة محققة لا سبيل الى تعويضها

(ثانياً) : موجز أحكام المحكمة الادارية العليا :

(أ) (حكمها الصادر في ١١ مايو سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٨٧٤) وقد جاء فيه :

.... خفضت المحكمة الاتاوة المتعاقد عليها تحقيقاً للتوازن المالي للعقد ... ومن شأن ما طرأ من ظروف أن تقلب اقتصائيات العقد رأساً على عقب .

(ب) حكمها الصادر في ١٧ يونيو سنة ١٩٧٢ (س ١٧ ، ص ٥٧٦) وقد تضمن قولها :

« طرأت أثناء تنفيذ العقد الاداري ظروف أو أحداث ... قلبت اقتصائياته .

(ثالثاً) : رأى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري :

أخذت الجمعية العمومية للقسم الاستشاري بذات المبدأ ، في فتاواها الصادرة في ٤ فبراير سنة ١٩٥٦ ، فبعد أن سلمت بحق الادارة الأصيل في تعديل الشروط

اللائحية لعقد الالتزام في أي وقت وفقا لمقتضيات المصلحة العامة ، دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم، استطردت تقول :

،على أنه وإن كان استعمال مانح الالتزام لحقه في تعديل التعريف بتخفيضها أو تعديل شروطها لصالح المنتفعين أمرا مشروعاً في ذاته ، إلا أن إثارة الصالح العام على الصالح الخاص للملتزم ليس معناه تضحية هذه المصالح بحيث يتحمل الملتزم وحده جميع الأضرار ، فإذا ترتب على انقاص التعريفه خسارة ، فعلى مانح الالتزام أن يعرضه عن هذه الخسارة إذ من المسلم أن للملتزم حقاً في التوازن .



الباب الثامن

عرض نظرية الظروف الطارئة وأثرها على التعويض
مع تطبيقات قضائية من أحكام القضاء الإداري
وقضاء النقض

الفصل الأول

عرض نظرية الظروف الطارئة

وأثرها في تقدير التعويض

المبحث الأول

عرض النظرية

ان أحكام هذه النظرية في تنفيذ العقد الإداري تتمثل في وجود حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية أو من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة ، أو من عمل انسان آخر لم يكن في حسابان المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعا ، يكون من شأنها أن تنزل به خسائر فاحشة تخلل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما ، وأثر ذلك ، إلزام الجهة الإدارية المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في تحمل نصيب من الخسارة التي لحقت به طوال فترة قيام الطرف الطارئ .

ونظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري ، كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة ، فرائد الجهة الإدارية هو كفاءة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام وحسن أداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة إنجازها ، كما أن هدف المتعاقد مع الإدارة هو المعاونة في سبيل المصلحة العامة ، وذلك بأن يؤدي التزامه بكفاءة لقاء ربح وأجر عادل ، وهذا يقتضى من الطرفين التساند والمشاركة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات ، وما يصادفه من عقبات . فمفاد نظرية الظروف الطارئة أنه إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقلبت اقتصادياته ، وكان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلا ، بل أثقل عبئا وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول ، وكانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التي يحتملها أى متعاقد الى خسارة فاحشة استثنائية ، وغير عادية ، فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في

هذه الخسارة التي تحملها فيعوضه عنها تعويضا جزئيا ، وبذلك يضاف الى التزامات المتعاقد معه التزاما جديدا لم يكن محل اتفاق بينهما ، ومؤدى ذلك أن يفرض على الدائن التزام ينشأ من العقد الادارى ، وهذا الالتزام هو أن يدفع الدائن للمدين تعويضا لكفالة تنفيذ العقد تنفيذا صحيحا متى كان من شأن الظروف أو الأحداث غير المتوقعة أن تثقل كاهل هذا المدين بخسارة تقوم الادارة بتعويضه عنها ، على أن التعويض الذى يدفعه الدائن يكون تعويضا جزئيا عن الخسارة المحققة التي لحقت المدين ، ولما كان التعويض الذى يدفع طبقا لهذه النظرية لا يشمل الخسارة كلها ولا يغطي الا جزء من الأضرار التي تصيب المتعاقد فان المدين ليس له أن يطالب بالتعويض الكلى بدعوى أن أرباحه قد نقصت أو لفوات كسب ضاع عليه كما يجب أن تكون الخسارة واضحة متميزة ، ومن ثم يجب لتقدير انقلاب اقتصاديات العقد ، واعتبارها قائمة أن يدخل فى الحساب جميع عناصر العقد التي تؤثر فى اقتصادياته ، واعتبار العقد فى ذلك وحدة ويفحص فى مجموعه ، لا أن ينظر الى أحد عناصره فقط بل يكون ذلك بمراعاة جميع العناصر التي يتألف منها إذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزيا ومعوضا عن العناصر الأخرى التي أدت الى الخسارة ، ومن ثم فان انقلاب اقتصاديات العقد مسألة لا تظهر ولا يمكن التحقق من وجودها الا بعد اتجاز جميع الأعمال المتعلقة بالعقد^(١) .

ويشترط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة أو بمعنى آخر نظرية الظروف الطارئة عدة شروط وهي :

(أولاً) : أن تظهر خلال تنفيذ العقد الادارى حوادث أو ظروف استثنائية طبيعية كانت أو اقتصادية أو ادارية .

(ثانياً) : ألا يكون فى وسع المتعاقد توقع هذه الظروف عند إبرام العقد ولا يملك عند التنفيذ دفعها .

(ثالثاً) : أن يكون من شأن هذه الظروف اصابة المتعاقد بخسائر فاحشة تجاوز

(١) المحكمة الادارية العليا - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا فى ١٥ سنة - ١٩٦٥ - ١٩٨٠ - ١٥٦٢ - ١٠ - (١١/٥/١٩٦٨) ١٣ ط ٨٧٤/١١٧

الخسارة العادية التي يمكن احتمالها وتكون على نحو تختل معه اقتصاديات العقد اختلافاً جسيماً ولا مؤدى تطبيق هذه النظرية ، بعد توافر شروطها ، أن يمتنع المتعاقد فوراً عن تنفيذ التزاماته الواردة بالعقد بل للمتعاقد أن يدعوا الإدارة المتعاقدة معه لمشاركته في تحمل نصيب من الخسارة التي حاقبت به نتيجة تنفيذ العقد في ظل الظروف الطارئة ، فإذا رفضت جهة الإدارة يلجأ المتعاقد الى القضاء ويقتصر دور القاضي في هذه الحالة على إلزام الإدارة بالتعويض المناسب^(١) .

المبحث الثاني

التعويض في ظل نظرية الظروف الطارئة ، والآثار المترتبة على الأخذ بها في النظام المصري

(أولاً) : التعويض في ظل احكام القانون المدني والتطور الحديث في أحكام القضاء الإداري :

★ في ظل أحكام القانون المدني القديم رفضت المحاكم المصرية الأخذ بنظرية الظروف الطارئة ، فاستبعدت احتمال فسخ عقد المتعاقد مع الإدارة أو تعديله ، أو منح المتعاقد تعويضاً في حالة وقوع حوادث طارئة تؤثر على التزاماته ، وقضت بأن الالتزام لا ينقضي الا اذا صار تنفيذه مستحيلاً ، أما اذا كان ممكناً ، فيظل الالتزام به قائماً حتى اذا كان تنفيذه مرهقاً .

★ غير أن الإدارة كانت تراعى دائماً ضرورة سير المرافق العامة سيراً منتظماً ومطرداً وذلك بمساعدة المتعاقدين معها في حالة اختلال التوازن المالي لعقودهم نتيجة لتلك الحوادث الاستثنائية العامة ، وظل الأمر كذلك الى أن صدر القانون المدني الجديد رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ ، حيث نصت المادة (١٤٧) منه على مايلي :

(١) المحكمة الادارية العليا - موسوعة المبادئ للقانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا في الفترة من أكتوبر ١٩٨٥ الى يونية ١٩٨٦ - السنة الأولى - العدد الثاني - مارس ١٩٩١ - مبدأ ١٦٠ ، والظعن رقم ٢٥٤١ لسنة ٢٩ قضائية - جلسة ٣٠ من نوفمبر سنة ١٩٨٥ ص ٢٧ .

(١) العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون .

(٢) ومع ذلك اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وان لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فاحشة ، جاز للقاضي تبعا للظروف ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .

كما نصت المادة (١٤٨) منه على مايلى :

(١) يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية .

(٢) ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته ، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام .

وقد استلهمت محكمة القضاء الادارى هذه المبادئ القانونية وطبقتها على العقود الادارية التي كانت تدخل في اختصاصها في ظل قانون المجلس الصادر في سنة ١٩٤٩ حيث طبقت على عقود التزام المرافق العامة^(١) . ثم على عقود الأشغال العامة^(٢) ، ثم على عقود النقل الادارية ، ثم امتد تطبيقها على عقود التوريد^(٣) ، واستقرت الأحكام في هذا الاتجاه .

★ ومما تجدر الاشارة اليه أن المشرع المصرى أخذ بأحكام نظرية الظروف الطارئة حتى قبل النص عليها في القانون المدنى الجديد ، ففيما يتعلق بالالتزام المرافق العامة حيث طبقت القاعدة في مظهرها ، أى سواء كانت الظروف الطارئة تزيد من أعباء الملتزم زيادة لم يكن من المقدر توقعها ، أو على العكس من ذلك أى في حالة زيادة أرباح المتعاقد زيادة باهظة ، فقد كانت المادة السادسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ فى شأن عقود الالتزام بالمرافق العامة ينص على مايلى :

(١) محكمة القضاء الادارى فى ٢ يونيو سنة ١٩٥٣ - المجموعة س ٧ - ص ١٣٩٧ .
(٢) محكمة القضاء الادارى فى ٨ ابريل سنة ١٩٥٢ - المجموعة س ٦ ص ٨١٢ - وفى ٥ مايو سنة ١٩٥٣ .

(٣) محكمة القضاء الادارى فى ٧ ابريل سنة ١٩٥٢ للمجموعة س ٦ ص ٨١٢ .

«إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها» ، وأفضت الى الاخلال بالتوازن المالى للالتزام ، أو الى تعديل كيانه الاقتصادى ، حسبما كان مقدرا وقت منح الالتزام ، جاز لمانح الالتزام ، أن يعدل قوائم الأسعار ، وإذا اقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله ، وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر فى استغلاله ، أو خفض الأرباح الباهظة الى القدر المقبول» .

★ وبالبناء على ماتقدم فإن كان الوضع فى الأصل يمكن المتعاقدين مع الادارة فى مطالبتها بمساعدتهم عند وقوع الظروف الطارئة التى تريد من أعبائهم ، فيجوز أيضا للادارة من ناحيتها أن تطالب بتطبيق أحكام النظرية لصالحها فى الحالة العكسية ، أى فى حالة ما اذا كانت أرباح المتعاقدين معها قد تجاوزت الحد المعقول .

★ فبالنسبة لعقود الأشغال العامة والتوريد والنقل ، اذا استلزم الأمر عند التعاقد النص على جواز تعديل الأثمان المتعاقد عليها بنسبة ما قد يطرأ أثناء التنفيذ على أسعار بعض المواد ، أو على أجور العمال من ارتفاع يراعى أن ينص فى العقد على حد أقصى لنسبة الزيادة . كما يجب أن تحتفظ الادارة بحق المحاسبة على ما قد تتعرض له الأسعار أو الأجور من انخفاض .

★ وقد أخذ القانون الجديد رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ المتعلق باصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات فى الفقرة (د) من المادة (٦٤) بهذا الاتجاه حيث نصت هذه الفقرة على مايلى :

«(د) اذا حدث تغيير فى التعريف الجمركية أو الرسوم أو الضرائب الأخرى التى تحصل عن الأصناف الموردة فى المدة الواقعة بين تقديم العطاء وآخر موعد للتوريد وكان التوريد قد تم فى غضون المدة المحددة له فيسوى الفرق تبعا لذلك بشرط أن يثبت المتعهد أنه أدى الرسوم والضرائب على الاصناف الموردة على أساس الفئات المعدلة بالزيادة ، أما فى حالة ما اذا كان التعديل بالنقص فتخصم قيمة الفرق من العقد الا اذا أثبت المتعهد أنه أدى الرسوم على أساس الفئات الأصلية قبل التعديل .

وفى حالة التأخير فى التوريد عن المواعيد المحددة فى العقد وكان تعديل فئات

الضرائب والرسوم قد تم بعد هذه المواعيد فإن المتعهد يتحمل عن الكميات المتأخرة كل زيادة في الرسوم والضرائب المشار إليها إلا إذا أثبت المتعهد أن التأخير يرجع إلى القوة القاهرة ، أما النقص فيها فتخصم قيمته من قيمة العقد .

★ وجدير بالذكر أن الأخذ بأحكام نظرية الظروف الطارئة يرجع إلى إقرار فكرة العدالة ، والمساواة بين دافعي الضرائب وعلى أساس أن لا يلزم أحد طرفي العقد بتنفيذ التزام أصبح أشد إرهاقا أو أكثر تكلفة على وجه يتجاوز ما قدره المتعاقدان ، حين إبرام العقد ، لاسيما وأن العقود الإدارية تبرم عادة لمدة طويلة قد يتخللها ظروف طارئة تغير الظروف التي أبرم فيها العقد وتكون أشد إرهاقا في تنفيذ الالتزام .

(ثانيا) : الآثار المترتبة على الأخذ بنظرية الظروف الطارئة :

(أولاً) : تقع فكرة الظروف الطارئة في مركز وسط بين الحالة العادية التي يستطيع فيها المتعاقد أن يوفى بالتزاماته التعاقدية وبين حالة القوة القاهرة التي تؤدي إلى تحرير المتعاقد من التزاماته . ويمكن رد هذه الآثار إلى الأسس التالية :

(١) بقاء التزامات المتعاقد كما هي

(٢) حق المتعاقد في الحصول على معونة من الإدارة .

(٣) كون هذه المعونة مؤقتة .

ويشترط القضاء عدم توقف المتعاقد عن تنفيذ العقد بشرط أن يكون التنفيذ ممكنا ولم يتحول الطرف الطارئ إلى قوة القاهرة تحول دون التنفيذ .

ونبين ذلك على النحو التالي :

(١) إذا طرأت خلال تنفيذ العقد ظروف استثنائية خارجية عامة ، لم يكن في الوسع توقعها وقت نشأته ، وترتب على حدوثها أن أختل التوازن المالي للعقد اختلالا خطيرا بحيث أن تنفيذ الالتزام دون أن يصير مستحيلا أصبح أشد إرهاقا وأكثر تكاليفا على وجه يتجاوز القدر الذي كان للطرفين أن يتوقعاه - حسبما سبق بيانه - جاز للمتعاقد مع الإدارة مطالبتها بالمساهمة معه في تحمل النتائج المترتبة على زيادة الأعباء الناشئة عن تلك الظروف ، وذلك بتعويضه تعويضا جزئيا ولمدة مؤقتة بسبب الخسارة التي لحقت به ، مع مراعاة جميع الملاحظات المحيطة بالموضوع .

(٢) وجاء بفتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة في آثار تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية مايلي :

• ان تطبيق نظرية الظروف الطارئة رهينة بأن تطرأ خلال تنفيذ العقد حوادث أو ظروف لم تكن في حساب المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعا ومن شأنها أن تنزل به خسائر فاحشة تختل معها اقتضائيات العقد اختلالا جسيما ، ويؤدي تطبيق هذه النظرية - بعد أن توافرت شروطها - ألزم الادارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في تحمل نصيب من الخسارة بحيث ترد الى الحد المعقول وذلك ضمانا لتنفيذ العقد .

★ فإذا توقف المتعاقد عن تنفيذ العقد المبرم بينه وبين جهة الادارة بعد أن نفذ جزء منه فإن نواحي تطبيق الظروف الطارئة تتخلف بالنسبة له إذ كان يتعين عليه أن يستمر في التنفيذ حتى يحتفظ بحقه في المطالبة بتطبيق تلك النظرية أن توافرت شروط اعمالها^(١) .

المبحث الثالث

سلطة القاضي المدني والقاضي الاداري عند نظر المنازعات المتعلقة بالظروف الطارئة ومدى تدخل القاضي في تحديد التعويض في النظام المصري

(أولا) : سلطات القاضي المدني :

ان سلطات القاضي المدني في مواجهة الظروف الطارئة تستند الى أحكام المواد ١٤٧ ، ١٤٨ ، ١٤٩ من القانون المدني^(٢) .

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة جلسة ١٩٨٠/٢/٦ - ملف رقم ٧٠٢/٢/٣٢ .

(٢) تنص المادة (١٤٧) من القانون المدني على مايلي :

• (١) العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون .

(٢) ومع ذلك اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها -

ويرى الفقه أنه في ظل هذه الأحكام أنه يجوز للقاضي المدني أن يحكم بوقف تنفيذ العقد مؤقتاً حتى يزول الخلف الطارىء . وقد يرى تعويض المتعاقد تعويضاً معقولاً مقابل الاستمرار في تنفيذ الالتزام المرهق ، وقد يرى القاضي انقاص الالتزام المرهق ، ولكنه لا يستطيع أن يحكم بفسخ العقد لأن النص لا يخول له ذلك .

★ ويلاحظ أنه في حالتى انقاص الالتزام المرهق في جانب المتعاقد ، وزيادة الالتزام المقابل من جانب الإدارة ، أن القاضي لا يرد الالتزام الى الحد المعقول الا بالنسبة الى الحاضر ، ولا شأن له بالمستقبل ، لأنه غير معروف إذ قد يزول أثر الحادث الطارىء فيرجع العقد الى سيرته الأولى قبل التعديل ، وتعود له قوته الملزمة كاملة كما كان في الأصل ، وذلك طبقاً لأحكام القضاء المدني^(١) .

(ثانياً) : سلطات القاضي الإداري :

أما بالنسبة للقضاء الإداري فمعروف أن القاضي الإداري محظور عليه أن يتدخل في أعمال الإدارة ، أو أن يأمرها بأداء شيء معين ، وبالبناء على ذلك فلو أتيح له تعديل الالتزامات التعاقدية ، فإن ذلك يكون بمثابة إصدار أوامره الى الإدارة العامة بفعل شيء ، ذلك الأمر المحظور عليه والذي يقره مبدأ الفصل بين السلطات .

★ وخير مثال نسوقه في هذا الشأن ، أن محكمة القضاء الإداري أصدرت حكمها في قضية هامة تتلخص واقعاتها في أن جهة الإدارة قامت بمنافسة ملتزم

- ان تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلاً ، صار مرهقاً للمدين ، بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول . ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك .

وتنص المادة (١٤٨) من القانون المدني على مايلي :

(١) يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية .

(٢) ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته . وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام .

وتنص المادة (١٤٩) من القانون المدني على مايلي :

«إذا تم العقد بطريق الانعان ، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها ، وذلك وفقاً لما تقتضيه العدالة ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك .

(١) الدكتور/ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط الجزء الأول - ص ٦٤٦ - ٦٤٩ .

تفسير الأتوبيس النهري فسببت له هذه المنافسة أضرارا مالية كبيرة ، فقضت المحكمة بتعويضه عن طريق تعديل شروط العقد .

ولما طعنت الشركة في هذا الحكم أمام المحكمة الادارية العليا لم تأخذ باتجاه محكمة القضاء الادارى فيما يتعلق بما قضت به من تعديل شروط العقد ، على سند من أن هذا يعد بمثابة تدخل في أعمال الإدارة .

ولكن بالرغم من اقرار المحكمة الادارية العليا بالتعويض ، فقد أسسته على أساس التعويض الجزئى اعمالا لنظرية الظروف الطارئة^(١) .

(٣) التعويض المستحق للمتعاقد ، ومدى تدخل القاضى فى تحديده فى النظام المصرى :

ان المركز الجديد الذى يوجد فيه المتعاقدان نتيجة للظروف الطارئة ، يعتبر مركزا خارجا عن نطاق تطبيق أحكام العقد ، وعلى الطرفين اعادة النظر فى نصوص العقد وتعديلها على أساس الظروف الجديدة . ونظرا الى أن القاضى الادارى لا يستطيع تعديل هذه النصوص على عكس حكم القانون المدنى المصرى حيث للقاضى أن يرد الالتزام التعاقدى المبرق فى العقود الخاصة الى الحد المعقول ، فانه يدعو الطرفين الى أن يتوليا بنفسهما ذلك .

★ فإذا لم يصل الطرفان الى الاتفاق ، تدخل القاضى حينئذ للحكم بالتعويض المالى الذى ترتبه النظرية ، أى بتوزيع الأعباء الجديدة بين الإدارة والمتعاقد معها ، على أساس تقرير الخبراء الذين يعينهم لهذا الغرض اذا تطلب الأمر ذلك .

★ ولا يجوز بأى حال أن يكون من شأن التعويض تحقيق ربح للمتعاقد مع الإدارة ، فلا يتناول مافاته من كسب ، بل يقتصر على الخسارة التى لحقت ، كما أنه لا يشمل الخسارة كلها ، فان جزء منها يقع على عاتق المتعاقد مع الإدارة وتحمل الإدارة الجزء الأكبر . وهذا ما يميز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية

(١) المحكمة الادارية العليا : حكمها الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ من ١٣ ص ٨٧٤ .

(★) وللتنسج فى فهم هذا الموضوع راجع مؤلفنا قضاء مجلس الدولة مع الاجراءات والمصوغ الادارية .

فعل الأمير ، حيث يعوض المتعاقد مع الإدارة تعويضا كليا عن جميع خسائره دون أن يتحمل شيئا^(١) .

على أن مشاركة الإدارة في تحمل خسائر المتعاقد معها ليست منصفة ، على الأقل في أحكام مجلس الدولة الفرنسي ، إذ أن هذا المجلس مضطرد في أحكامه على أن تتحمل الإدارة النصيب الأكبر في تلك الخسارة بحيث لا تزيد نسبة الخسائر التي يتحملها المتعاقد معها على ٢٠٪ . بينما قضت محكمة القضاء الإداري بأن المتعاقد يتحمل نصف التكاليف الجديدة ، وتتحمل الإدارة النصف الآخر^(٢) .



(١) دكتور/ توفيق شحاته مبادئ القانون الإداري - مرجع سابق - ص ٨٣٦ - ٨٣٨ .

(٢) محكمة القضاء الإداري في ٥ مايو سنة ١٩٥٣ - المجموعة ص ٧ ص ١٠٤٧ .

الفصل الثانى

تطبيقات قضائية من أحكام القضاء الإدارى ، مع عرض نهاية
حالة الظروف الطارئة وتطبيقات قضائية من أحكام النقض

المبحث الأول

تطبيقات قضائية من أحكام القضاء الإدارى

الحكم الأول :

أحكام المسؤولية العقدية وكون الحادث الفجائى مستحيل الدفع .

وتقول المحكمة فى هذا الحكم الهام ما يلى :

«إن أحكام المسؤولية العقدية تقضى أن يكون هناك خطأ وأن تقوم علاقة السببية بين الخطأ والضرر وأنه إذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه عينا كان مسئولا عن التعويض لعدم الوفاء ، مالم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه ، ولستحالة التنفيذ إما أن تكون استحالة فعلية أو استحالة قانونية وذلك فى الوقت الذى يجب فيه التنفيذ ، وغنى عن القول أن الاستحالة الفعلية هى من مسائل الواقع الذى يقدره القاضى ويختلف هذا التقدير بحسب ظروف الأحوال وملابساتها ، وإذا كانت الاستحالة راجعة الى خطأ المدين لا ينقضى الالتزام ، وإن أصبح تنفيذه العينى مستحيلا ، وجب التنفيذ عن طريق التعويض ، وبذا يتحول محل الالتزام من التنفيذ العينى الى التعويض ، فتبقى التأمينات التى كانت تكفل التنفيذ العينى وتتحول الى كفالة التعويض ، وتبقى مدة التقادم مارية ، أما إذا كانت الاستحالة راجعة الى سبب أجنبى فإن الالتزام ينقضى أصلا سواء من حيث التنفيذ العينى أو التنفيذ بالتعويض ، والسبب الأجنبى هو الحادث الفجائى أو القوة القاهرة أو خطأ الدائن أو فعل الغير ، ويجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائى أمرا غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع ، فإن توافر هذان الشرطان كان الحادث أجنبيا عن الشخص لا يد

له فيه ، ويجب أن يكون عدم استطاعة التوقع لا من جانب المدين بل من جانب أشد الناس يقظة وتبصرا بالأمر ، فالمعيار موضوعي لا ذاتي فلا يكتفى فيه بالشخص العادي ولكن يتطلب أن يكون عدم الامكان مطلقا كما يجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي مستحيل الدفع فان أمكن دفع الحادث حتى لو استحالت توقعه لم يكن ثمة قوة القاهرة أو حادث فجائي ، كما يجب أن يكون من شأنه جعل التنفيذ مستحيلا استحالة مطلقة لا بالنسبة للمدين وحده بل بالنسبة الى أى شخص يكون فى موقف المدين ، وهذا مايميز القوة القاهرة والحادث الفجائي عن الحوادث الطارئة التى تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا لا مستحيلا ، ويختلف اثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي بحسب الأحوال ، فاذا كان هو السبب الوحيد فى وقوع الضرر انعدمت علاقة السببية فلا تتحقق المسؤولية ، وقد يكون من أثره الاعفاء من تنفيذ الالتزام بل وقف تنفيذه حتى يزول الحادث فيبقى الالتزام موقوفا على أن يعود واجب التنفيذ بعد زوال الحادث ، وغنى عن القول أنه يجوز للطرفين أن يعدلا باتفاقهما من أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي ، فيتفقا مثلا على أن المدين لا يخلى من التزامه ويتحمل بذلك تبعه السبب الأجنبي فلا ينقضى الالتزام حتى ولو استحال تنفيذه بسبب أجنبي ويتحول محله الى تعويض ، ويكون المدين فى هذه الحالة ازاء الدائن بمثابة المؤمن يؤمنه من الحوادث التى ترجع الى القوة القاهرة .

وكل ما تقدم من القواعد فتنها المشرع المصرى فى القانون المدنى ، ولئن كان مجال تطبيق هذه القواعد فى مجال روابط القانون الخاص الا أن القضاء الادارى قد اطرده على الأخذ بها باعتبارها من الأصول العامة التى يجب النزول عليها فى تحديد الروابط الادارية فى مجال القانون العام مادامت تتفق مع تسيير المرافق العامة وتكفل التوفيق بين ذلك وبين المصالح الفردية الخاصة ، وقد ردد البند الخامس من العقود الثلاثة المبرمة مع المطعون عليه النص على اعفائه من المسؤولية عند وقوع القوة القاهرة،^(١) .

الحكم الثانى :

التمييز بين نظرية التوازن العالى والظروف الطارئة :
تقول محكمة القضاء الادارى :

(١) المحكمة الادارية العليا : ١٩٥٩/١٢/١٢ فى القضية ٤/٦٨٩ ق - مجموعة العشر سنوات - جزء ٢ ص - ١٣٦٠ - ١٣٢٣ .

ان مفاد نظرية الطوارئ غير المتوقعة أو الظروف الطارئة حسبما وضع أصولها وقواعدها الفقه والقضاء الإداري ، أنه اذا حدث أثناء تنفيذ العقد الإداري أن طرأت ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقلبت اقتصادياته ، واذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلا بل أثقل عبئا وأكثر تكلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول ، واذا كانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التي يحتملها أي متعاقد تؤدي الى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية ، فان من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها فيعوضه تعويضا جزئيا ، وبذلك يضيف الى التزامات المتعاقد معه التزاما جديدا لم تكن محل اتفاق بينهما .. ومن هنا تختلف هذه النظرية عن نظرية التوازن المالي للعقد من ناحية أن نظرية التوازن المالي للعقد القائمة على فعل الأمير ، تقوم على مقابلة الحق المعترف به لجهة الإدارة في تعديل العقد الإداري للمصلحة العامة باصلاح ما يحدث للعقد الذي هو طرف فيه . وأما في نظرية الظروف الطارئة فانه بالرغم من أن الضرر الذي يقع يرجع الى سبب غريب عن جهة الإدارة - وغالبا ما يكون حادثا أو ظرفا اقتصاديا - فان العقد يظل قائما وموجودا كما هو . هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فان التعويض تأسيسا على نظرية التوازن المالي للعقد يكون تعويضا كاملا عن جميع الأضرار التي تصيب المتعاقد . أما في حالة الظروف الطارئة فانه يكون مقصورا على معاونة ومساهمة في مقدار الضرر .

ونظرية الظروف الطارئة تؤدي الى أن يفرض على الدائن التزام ينشأ من العقد الإداري ويولده هذا العقد ، ويخلفه - وغالبا ما يكون الدائن هو جهة الإدارة - وهذا الالتزام هو أن يدفع الدائن للمدين تعويضا لكفالة تنفيذ العقد تنفيذا صحيحا متى كان من شأن الظروف أو الأحداث غير المتوقعة أن تثقل كاهل هذا المدين بخسارة يمكن اعتبارها قلبا لاقتصاديات العقد فانه يجب لاستحقاق المتعاقد مع جهة الإدارة هذا التعويض عن الأعباء الخارجة عن العقد توافر شروط ثلاثة وهي :

(أولا) : أن يكون الحادث أو الظرف أجنبيا عن المتعاقدين أي مستقلا عن ارادتهما ولا يدخل لهذه الإرادة في وقوعه .

(ثانيا) : أن يكون الظرف أو الحادث مما لا يمكن توقعه عادة ولم يكن في

حسبان المتعاقدين ونيتهما المشتركة عند إبرام العقد . ويقتضى هذا الشرط البحث في عناصر ثلاثة :

(الأول) : طبيعة الحادث أو الظرف نفسه ، كأن يكون مثلا من الأمور الاقتصادية كارتفاع الأجور وأثمان المواد الأولية .

(والثاني) : أهمية الحادث أو الظرف الاستثنائي لأن التعويض لا يستحق الا اذا جاوز ارتفاع الأثمان أو الأجور الحد الذى يطيقه المتعاقد أو مالا يستطيع مواجهته ويترتب عليه أعباء اضافية لا يستطيع احتمالها .

(والثالث) : عنصر الزمن أى تحديد الوقت الذى أبرم فيه العقد للتحقق عما اذا كان المتعاقدان يتوقعان فى هذا التاريخ أن ستقلب اقتصاديات العقد أم لا .

ومفاد ما تقدم أن التعويض لا يستحق الا اذا انقلبت اقتصاديات العقد ، بمعنى أن يترتب على تنفيذ العقد خسارة تجاوز فى قدامتها الخسارة العادية المألوفة التى يتحملها أى متعاقد أثناء التنفيذ . ولما كان التعويض الذى يدفع لا يشمل الخسارة كلها ولا يغطى الا جزء من الأضرار التى تصيب المتعاقد ، فليس له أن يطالب بالتعويض الكامل بدعوى أن أرباحه نقصت أو لفوات كسب ، كما أنه يجب أن تكون الخسارة واضحة ومتميزة ، بمعنى أن يكون تقدير قلب اقتصاديات العقد قائما على أنه يدخل فى الحساب جميع عناصر العقد التى تؤثر فى اقتصادياته ، فيعتبر العقد فى ذلك وحدة ويفحص فى مجموعته لا أن ينظر الى أحد عناصره فقط بل يكون ذلك بمراعاة جميع العناصر التى يتألف منها اذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزيا ويعوض عن العناصر التى تستتبع الخسارة . ومن ثم فإن انقلاب اقتصاديات العقد مسألة لا تظهر ولا يمكن التحقيق من وجودها الا من المستخلصات النهائية وعند عمل الحساب النهائى وهو لا يكون الا بعد انجاز الأعمال ، وبذلك يمكن تحديد التعويض وطلبه على أساس نظرية الظروف الطارئة^(١) .

(١) محكمة القضاء الإدارى - حكمها للمطول الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ - وراجع أحكامها الأخرى حكمها الصادر فى ١٤ يوليو سنة ١٩٦٠ - لسنة ١٤ ص ٩٤ ، وحكمها الصادر فى ١٤ أبريل سنة ١٩٦٠ - لسنة ١٤ ص ٣٦ .

الحكم الثالث :

تطبيق نظرية الظروف الطارئة في الفقه والقضاء المحكمة الإدارية العليا :
وتقول المحكمة :

«ومن حيث أن تطبيق نظرية الحوادث الطارئة في الفقه والقضاء الإداري رهين بأن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث طبيعية كانت أو اقتصادية أو من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر ، لم تكن في حساب المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعا ، ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة يختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما . ومؤدى تطبيق هذه النظرية عند توافر شروطها إلزام جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في احتمال نصيب من الخسارة التي أحاقّت به طوال فترة قيام الظرف الطارئ ، وذلك ضمانا لتنفيذ العقد الإداري ، واستدامة لسير المرفق العام الذي يخدمه ، يقتصر دور القاضي الإداري على الحكم بالتعويض دون أن يكون له تعديل الالتزامات التعاقدية، وفي هذه الفقرة المركزة ، لخصت المحكمة الإدارية العليا أحكام نظرية الظروف الطارئة أجمل تركيز .

وبإعمال هذه المبادئ على وقائع القضية قالت المحكمة : «وإذ قامت محافظة القاهرة بتسيير لنشات للنزهة في النيل من القاهرة الى حلوان والحوامدية ومركز الصف في نطاق الخط الملاحي الذي يستغله المتعاقد المذكور ، فإن ذلك يعد حادثا طارئا لم يكن في حساب المدعى عند التعاقد ، ولا يملك له دفعا ، ومن شأن هذا الحادث أن يقلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب ، وقضت المحكمة بتعويضه جزئيا بما يمكنه من الاستمرار في التنفيذ^(١) .

الحكم الرابع :

التعويض الذي يدفع للمتعاقد في ظل نظرية الظروف الطارئة لا يشمل الخسارة كلها :

وتقول المحكمة الإدارية العليا :

«استأجر متعاقد سوق طنطا العمومي في مقابل مبلغ يدفع على أقساط سنوية .

(١) المحكمة الإدارية العليا : حكمها في ١١ مايو سنة ١٩٦٨ من ١٣ من ٨٧٤ .

وحدث أن توقف عن الدفع ابتداء من شهر يونية ١٩٦١ الى آخر أغسطس من ذات العام بحجة أن وباء دودة القطن الذى استشرى فى ذلك العام ، منع الفلاحين من ارتياد السوق . فألحق به ضررا جسيما ، وطلب خصم الاقساط المستحقة من التأمين المودع لدى جهة الادارة ، فرفضت كل من محكمة القضاء الادارى ، والمحكمة الادارية العليا أجابته الى طلبه ، وأثيرت فى القضية دفعات كثيرة يعنينا منها دفع يتعلق بالطرف الطارىء . وفى هذا الحكم الحديث حرصت المحكمة الادارية العليا على أن تلقى بعض الأضواء الجديدة على النظرية فقالت : «ومن حيث أن نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التى هى قوام القانون الادارى ، كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة ، فرائد جهة الادارة هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام ، وحسن أداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة انجازها . كما أن هدف التعاقد مع الادارة هو المعاونة فى سبيل المصلحة العامة ، وذلك بأن يودى التزامه بأمانة وكفاية لقاء ربح مجز ، وأجر عادل ، وهذا يقتضى من الطرفين التساند والمشاركة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات ، وما يصادفه من عقبات ، فمفاد نظرية الظروف الطارئة أنه اذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الادارى ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند ابرام العقد فقلبت اقتصادياته ، واذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلا ، بل أثقل عبئا ، وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول ، وكانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسائر المألوفة العادية التى يحتملها أى متعاقد ، الى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية ، فان من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته فى هذه الخسارة التى تحملها فيعوضه عنها جزئيا ولما كان التعويض الذى يدفع طبقا لهذه النظرية لا يشمل الخسارة كلها ، ولا يغطى الا جزء من الأضرار التى تصيب المتعاقد ، فليس له أن يطالب بالتعويض الكامل بدعوى أن أرباحه قد نقصت أو لفوات كسب ضاع عليه ، كما أنه يجب أن تكون الخسارة متميزة» (١) .

الحكم الخامس :

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة :

تقول المحكمة الادارية العليا :

«يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الادارى

(١) المحكمة الادارية العليا - حكما فى ١٧ يونية سنة ١٩٧٢ من ١٧ من ٥٧٦ .

حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية أو ظروف من عمل جهة الادارية غير المتعاقدة ، أو ظروف من عمل انسان آخر ، لم يكن في حسيان المتعاقد عند ابرام العقد توقعها ولا يملك لها دفعا ، ويشترط في هذه الظروف أن يكون من شأنها ازالة خسائر فاحشة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما . ومتى توافرت هذه الشروط أصبحت جهة الادارة المتعاقدة ملزمة بمشاركة المتعاقد معها في تحمل نصيب من خسائره ضمانا لتنفيذ العقد على النحو الذى يكفل حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد . وفى تقدير مدى الاختلال الحادث فى العقد بسبب الظروف الطارئة ، ويتعين الأخذ فى الاعتبار جميع عناصره المؤثرة فى اقتصادياته بما فيها كامل قيمة العقد ومدته ، فيلخص فى مجموعته كوحدة واحدة دون الوقوف عند أحد عناصره أو العناصر الخاسرة . ومؤدى ذلك أن التعويض الذى تلتزم به جهة الادارة لا يستهدف تغطية الربح الضائع أيا كان مقداره ، أو الخسائر العادية المألوفة فى التعامل ، وإنما أساسه تحمل جهة الادارة المتعاقدة لجزء من خسارة حقيقية وفاحشة تدرج فى معنى الخسارة الجسيمة (١) .

المبحث الثانى

نهاية حالة الظروف الطارئة ومدى إقتراب نظرية الظروف الطارئة فى آثارها من نظرية القوة القاهرة ، وتطبيقات قضائية من أحكام النقض

(أولا) : نهاية حالة الظروف الطارئة :

لا تستهدف أحكام نظرية الظروف الطارئة الا مواجهة أزمة يجتازها المتعاقد مع الادارة المتعاقدة معه أما اذا تبين أن اختلال التوازن المالى لبعض العقود ، لاسيما عقود التزام المرافق العامة . أصبح نهائيا بحيث لا يمكن علاجه ، وأن الطرفين لا يصلان الى الاتفاق على تعديل العقد ، وأن المرقق العام موضوع هذا العقد أصبح

(١) المحكمة الادارية العليا : حكمها فى ١٦ مايو سنة ١٩٨٧ - الطعن رقم ٣٥٦٢ لسنة ٣٩ قضائية .

لا يتفق مع حاجات أفراد الجمهور كأن يفضلوا مرفق النقل بالسيارات العامة على التزام المرافق العامة ، ففي مثل تلك الأحوال ، عدل مجلس الدولة الفرنسي عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة والتمس حلا آخر وهو فسخ العقد .

وفي هذه المرحلة القصوى تقترب نظرية الظروف الطارئة في آثارها من نظرية القوة القاهرة ، إذ أن النتيجة في كلا الحالين هي فسخ العقد .

ومع ذلك فإن فسخ العقد يختلف في كل من الطرفين : ففي حالة القوة القاهرة يترتب فسخ العقد على تعرض المتعاقد مع الإدارة لصعاب لا يستطيع التغلب عليها ، بينما في حالة تغير ظروف العقد الاقتصادية تغير نهائيا على أثر الحوادث الطارئة ، يكون فسخ العقد مترتبا على اختلال التوازن المالي للعقد اختلالا نهائيا وفي حدود تتجاوز القدر المعقول الذي قدره الطرفان وقت إبرامه .

(ثانيا) : تطبيقات قضائية من أحكام محكمة النقض :

★ استقرت أحكام محكمة النقض المصرية على أن الحرب قد تكون قوة القاهرة بما ينجم عنها من أحداث مادية ومن أزمات اقتصادية ، مادامت مستحيلة الدفع غير متوقعة^(١) . والذي يجب أن يستحيل توقعه ودفعه ليس هو الحرب ذاتها ، بل ما خلفته من أحداث اضطرابات فإذا هاجم العدو بلدا ، ودخلها فاجأها ، وطرد منها سكاتها ، كان هذا الحادث قوة القاهرة تعفى المقاتل من التزامات المقاتلة وهكذا . فشرط ذلك أن يكون المتعاقد لم يتوقع هذا الغزو ولم يستطع دفعه . أما إذا كانت الظروف التي تحيط بالمتعاقد تمكنه من اتخاذ احتياطات معقولة ولم يتخذها ، كان هذا خطأ في جانبه يحقق مسئوليته إذا تسبب عنه ضرر . وقد تكون الحرب سببا في تقلب سعر العملة وانقطاع المواصلات وغلاء الحاجيات والمواد الأولية ، فتكون قوة القاهرة ترفع المسئولية عن المدين في هذه الأحوال .

وكالحرب صدور تشريع أو أمر إداري واجب التنفيذ ، أو وقع زلزال ، أو حريق ، أو غرق ، أو هبوب عاصفة ، أو حدوث مرض طارئ ، أو اضطراب غير متوقع ، أو سرقة ، أو تلف ، أو نحو ذلك .

(١) (نقض مدني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٥٦ - مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤٥ من ١٠٢٢) .
ونقض مدني ١٩ نوفمبر سنة ١٩٥٩ - مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١٠٣ من ٦٧٧ .

★ وبهذه المناسبة قضت محكمة النقض بأنه لا ينفك الالتزام التعاقدى الا اذا أصبح الوفاء به مستحيلا استحالة مطلقة بسبب قوة قاهرة أو حادث جبرى طارىء لا قبل للمدين بدفعه أو توفعه وأن يكون ذلك بسبب أجنبى عنه . وأن فمى كان المدين قد تعهد بتوريد مقدار معين من الذرة الى احدى الجهات الحكومية ، وكانت القرارات التى أصدرتها وزارة التموين إيان التعاقد بالاستيلاء على هذه الغلة ليست عامة بل تناولت كميات معينة منها وفى بعض الجهات دون بعضها ، فإنه لم يكن من المستحيل على المدين استحالة مطلقة تنفيذ تعهده ، سيان أن يكون هذا التنفيذ قد أرفقه أم لم يرفقه ، خصوصا اذا كان التعاقد قد تم فى ظل قيام الأحكام العرفية مما جعل أوامر الاستيلاء متوقعة الحصول من وقت لآخر وينتفى معه القول بقيادة القوة القاهرة ، .

★ كذلك قضت محكمة النقض بأن تقدير ما اذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة هو تقدير موضوعى تملكه محكمة الموضوع ، مادامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة من الحوادث المستحيلة التوقع .

وقد يكون من أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائى لا الاعفاء من تنفيذ الالتزام . بل وقف تنفيذه حتى يزول الحادث ، فيبقى الالتزام موقوفا على أن يعود واجب التنفيذ بعد زوال الحادث .

(ثالثا) : أمثلة بشأن الحوادث الاستثنائية العامة التى لم يكن فى الوسع توقعها ويترتب عليها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وأن لم يصبح مستحيلا أصبح مرهقا :
وتقول المحكمة :

متنص المادة ١٤٧/٢ من القانون المدنى على أنه «اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فاحشة جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ، ومناطق تطبيق هذا النص أن يكون الالتزام الذى حصل الاتفاق عليه بين المتعاقدين قائما ، وأن تنفيذه بالشروط المتفق عليها بينهما يصبح مرهقا للمدين بسبب الحادث الطارىء ، أما اذا كان الالتزام الأسمى قد تغير فانه يمتنع تطبيقه . فاذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن تغيير المواصفات الخاصة بنسبة الدسم

والمواد الصلبة في الألبان نتيجة القرار الوزاري الصادر في هذا الشأن بعد إبرام العقد وتنفيذه جزئيا يقتضى تعديل السعر المتفق عليه ، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو شابه قصور^(١) .

(رابعاً) : تقرير ما اذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة هو تقدير يملكه قاضى الموضوع :
وتقول المحكمة :

«تقرير ما اذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة ، هو تقدير يملكه قاضى الموضوع في حدود سلطته التقديرية فاذا كان الحكم المطعون فيه قد نفى قيام القوة القاهرة بما قرره من أن الطرفين كانا يتوقعان وقت إبرام العقد عدم امكان الحصول على اذن استيراد لشحن البضاعة الى مصر فنص صراحة فيه على أنه اذا لم يحصل الطاعن على الاذن فى الموعد المتفق عليه تباع البضاعة فى الخرطوم لحسابه ، وكان المعنى الظاهر لهذا الشرط أنه يشمل جميع حالات عدم الحصول على اذن الاستيراد ، فان الحكم اذ اعتمد هذا المعنى الذى تحمله عبارة العقد الظاهرة ورتب على ذلك قضاءه لا يكون قد خالف القانون^(٢) .

(١) الطعن رقم ٥٦ لسنة ٢٦ ق - جلسة ١٩٦١/٥/١١ .

(٢) الطعن رقم ٢٥٨ لسنة ٣١ ق - جلسة ١٩٦٦/٢/٢٢ .

الباب التاسع

تطبيقات من الأحكام الحديثة للمحكمة الادارية العليا في
المنازعات الادارية المتعلقة بنظرية فعل الأمير - ونظرية
الظروف الطارئة - ومفهوم الصعوبات المادية غير
المتوقعة - والقوة القاهرة

الباب التاسع

تطبيقات من الأحكام الحديثة للمحكمة الادارية العليا
فى المنازعات الادارية المتعلقة بنظرية فعل الأمير
ونظرية الظروف الطارئة - ومفهوم الصعوبات المادية
غير المتوقعة - والقوة القاهرة

ونتاول ذلك بالمباحث التالية :

الفصل الأول نظرية فعل الأمير

القاعدة الأولى :

تدخل القضاء الادارى لتحقيق التوازن المالى للعقد الادارى تطبيقا لنظرية فعل الأمير مناطه توافر شروطها ومن بينها أن يكون الفعل الضار صادرا من جهة الادارة المتعاقدة :

وجاء بالحكم التالى مايلى :

ان تدخل القضاء الادارى لتحقيق التوازن المالى للعقد الادارى تطبيقا لنظرية فعل الأمير مناطه توافر شروط هذه النظرية ومن بينها شرط أن يكون الفعل الضار صادرا من جهة الادارة المتعاقدة ، فاذا ما صدر هذا الفعل عن شخص معنوى عام غير الذى أبرم العقد تخلف أحد شروط نظرية فعل الأمير وامتنع بذلك تطبيق أحكامها ، ولكن تلك الامتناع لا يحول دون تطبيق نظرية الحوادث الطارئة اذا ما توافرت شروطها^(١) .

(١) المحكمة الادارية العليا : ١٥٦٢ - ١٠ (١٩٦٨/٥/١١) ١٣/١١٧/٨٧٤ .

القاعدة الثانية :

عقد توريد - صدور القانون رقم ٢٠٤ لسنة ١٩٦٠ خلال فترة الامتداد وتضمنه نصا برفع قيمة الزيادة في رسم الاحصاء الجمركي - تحمل جهة الادارة قيمة الزيادة - أساس ذلك هو ما ورد في العقد من شروط تحكم هذه الحالة وليس نظرية فعل الأمير :

وجاء بالحكم مايلي :

ان صدور القانون رقم ٢٠٤ لسنة ١٩٦٠ خلال فترة الامتداد هذه يترتب عليه أن تتحمل الهيئة ، دون الشركة بقيمة الزيادة في رسم الاحصاء الجمركي المقررة بموجب هذا القانون دون حاجة الى الخوض في نظرية فعل الأمير لأن هذه النظرية إنما يلجأ اليها في حالة طلب التعويض عن أمر غير متوقع وقت إبرام العقد ولكن الثابت أن المتعاقدين قد توقعوا عند إبرام العقد ، زيادة الرسوم الجمركية والضرائب وأجور النقل أو نقصها ووضحها نص البند الثالث عشر من الشروط العامة ليحكم هذه الحالة^(١) .

القاعدة الثالثة :

لا يسوغ للمتعاقد مع الادارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق العام بحجة أن ثمة اجراءات ادارية قد أدت الى اخلال الادارة بالوفاء بأحد التزاماتها قبله - يتعين عليه أن يستمر في التنفيذ ثم يطالب جهة الادارة بالتعويض أن كان لذلك مقتض :

وجاء بالحكم التالي مايلي :

من المبادئ المقررة أن العقود الادارية تتميز بطابع خاص ، مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ولما كان العقد الاداري يتعلق بمرفق عام فلا يسوغ للمتعاقد مع الادارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق ، بحجة أن ثمة اجراءات ادارية قد أدت الى الاخلال بالوفاء بأحد التزاماتها قبله ، بل يتعين عليه ازاء هذه الاعتبارات أن يستمر في التنفيذ مادام ذلك في استطاعته : ثم يطالب جهة الادارة بالتعويض عن

(١) المحكمة الادارية العليا : ١٤٧ - ١١ (١٩٦٩/١/١١) ٢٣٢/٣٠/١٤ .

لخلالها بالتزامها أن كان لذلك مقتض وكان له فيه وجه حق فلا يسوغ له الامتناع عن تنفيذ العقد بإرادته المنفردة ، والا حقت مساءلته عن تبعة فعله السلبي^(١) .

الفصل الثاني

نظرية الظروف الطارئة

القاعدة الأولى :

مناط أعمالها أن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية أو من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر لم تكن في حساب المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعا وأن يكون من شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما - أثر ذلك . الزام الجهة الإدارية المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في احتمال نصيب من الخسارة التي لحقت به طوال فترة قيام الظروف الطارئة :

وجاء بالحكم التالي مايلي :

ونظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة فرائد الجهة الإدارية هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام وحسن أداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة إنجازها كما أن هدف المتعاقد مع الإدارة هو المعاونة في سبيل المصلحة العامة وذلك بأن يؤدي التزامه بأمانة وكفاية لقاء ربح وأجر عادل وهذا يقتضي من الطرفين التساند والمشاركة للتغلب على مايعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات . فمفاد نظرية الظروف الطارئة أنه إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد إداري ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقلبت اقتصادياته ، وإذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلا بل أثقل عبئا وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول وكانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التي يحتملها أي متعاقد إلى خسارة فادحة استثنائية وغير جارية فان من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها فيعوضه عنها تعويضا جزئيا : وبذلك يضيف إلى التزامات

المتعاقد معه التزاما جديدا لم يكن محل إتفاق بينهما ومؤدى ذلك أن يفرض على الدائن التزام ينشأ من العقد الإداري ، هذا الالتزام هو أن يدفع الدائن للمدين تعويضا لكفالة تنفيذ العقد تنفيذا صحيحا متى كان من شأن الظروف أو الأحداث غير المتوقعة أن تنقل كاهل هذا المدين بخسارة يمكن اعتبارها قلبا لاقتصاديات العقد : على أن التعويض الذى يدفعه الدائن يكون تعويضا جزئيا عن الخسارة المحققة التى لحقت بالمدين ، ولما كان التعويض الذى يدفع طبقا لهذه النظرية لا يشمل الخسارة كلها ولا يغطى الا جزءا من الأضرار التى تصيب المتعاقد فان المدين ليس له أن يطالب بالتعويض بدعوى أن أرباحه قد نقصت أو لفوات كسب ضااع عليه كما أنه يجب أن تكون الخسارة واضحة متميزة ، ومن ثم يجب لتقدير انقلاب اقتصاديات العقد واعتبارها قائمة أن يدخل فى الحساب جميع عناصر العقد التى تؤثر فى اقتصادياته واعتبار العقد فى ذلك وحدة ويفحص فى مجموعه لا أن ينظر الى أحد عناصره فقط بل يكون ذلك بمراعاة جميع العناصر التى يتألف منها ، اذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزيا ومعوضا عن العناصر الأخرى التى أنت الى الخسارة ؛ ومن ثم فان انقلاب اقتصاديات العقد مسألة لا تظهر ولا يمكن التحقق من وجودها الا بعد اتمام جميع الأعمال المتعلقة بالعقد^(١) .

القاعدة الثانية :

الأسباب الطارئة التى تؤدى الى تغيير طارىء كتقلب سعر السوق وسعر العملة ، وتعديل الضرائب والرسوم الجمركية - شروط المناقصة - التزام المتعاقد مع الإدارة بما يترتب على تغير القيمة فى حالتى تقلب سعر السوق وسعر العملة ، والالتزام الإدارة بذلك فى حالة تعديل الضرائب والرسوم الجمركية :

وجاء بالحكم التالى مايلى :

ان أحكام الشروط العامة للمناقصة تنص فى المادة ٢٠ (المعجلة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣) على أن تقدم العطاءات عن توريد الاصناف على أساس التعريفات الجمركية ورسوم الانتاج وغيرها من أنواع الرسوم والضرائب المعمول بها وقت تقديم العطاء ، فاذا حصل تغيير فى التعريفات الجمركية أو الرسوم الأخرى أو الضرائب فى المدة الواقعة بين تقديم العطاء وآخر موعد للتوريد وكان التوريد قد تم

(١) المحكمة الادارية العليا ٤٦ - ١٤ (١٩٧٢/٦/١٧) ٥٧٦/٨٢/١٧ .

فى غضون المدة المحددة فىسرى الفرق تبعاً لذلك بشرط أن يثبت المقاول أنه سدد الرسوم والضرائب من الاصناف الموردة على أساس الفئات المعدلة بالزيادة ، أما فى حالة ما اذا كان التعديل بالنقص فتخصم قيمة الفرق من العقد الا اذا أثبت المقاول أنه سدد الرسوم على أساس الفئات الأصلية قبل التعديل ، فى حين تنص المادة ٦١ من الشروط العامة (المعدلة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣) على أنه «يعمل الحساب الختامى بالتطبيق للفئات الواردة بالجدول بصرف النظر عن تقلبات الأسعار وسعر العملة» . كما تنص المادة ٦٢ على أن «يتحمل المقاول كل زيادة تحصل فى أثمان المهمات أو الشحن أو النقل البحرى والتأمين بكافة أنواعه أو اليد العاملة أو خلافهما أثناء مدة العمل ولا يقبل منه أى طلب بالزيادة لهذا السبب وليس له الرجوع لأى سبب كان عن الأثمان التى قبلها» .

ويبين من استظهار هذه النصوص أن الحكم يختلف باختلاف السبب الطارئ المؤثر على قيمة العطاء فاذا كان هذا السبب راجعاً الى تقلب السوق وسعر العملة للزم المقاول بما يترتب على ذلك من آثار سواء بالزيادة أو النقصان أما اذا كان السبب راجعاً الى تعديل الضرائب والرسوم الجمركية التزمت الوزارة بما يترتب عليه من آثار على النحو المبين فى المادة (٢٠) المشار اليها يستوى فى ذلك أن يكون السبب المؤثر على قيمة العطاء بعد تقديمه قد طرأ قبل أو بعد اتمام اجراءات التعاقد^(١) .

الفصل الثالث

الصعوبات المادية غير المتوقعة

القاعدة الأولى :

مسئولية المقاول الكاملة ، وفقاً للشروط العامة للعقد عن جميع الصعوبات المادية التى تصادفه سواء كانت متوقعة أو غير متوقعة لا تخوله حق مطالبة الجهة الادارية المتعاقدة معه بزيادة فئات الأسعار مشاركة منها فى الخسائر التى تكون قد لحقت به بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة مهما ترتب عليها من ارهاق للمقاول :

(١) المحكمة الادارية العليا : ١١٨٦ - ١٠ (١٩٦٧/١١/٢٥) ١٢١/١٩/١٣ .

وجاء بالحكم مايلي :

إذا كان مفاد النصوص الواردة في الشروط العامة أن المقاول مسئول مسئولية كاملة عن جميع الصعوبات المادية التي تصادفه سواء كانت متوقعة أم غير متوقعة ، وليس من شأن الصعوبات المادية غير المتوقعة مهما ترتب عليها من أرهاق للمقاول أن تخوله حق مطالبة الجهة الادارية المتعاقدة معه بزيادة فئات الأسعار مشاركة منها في الخسارة التي تكون قد لحقته ، اذ أن الصعوبات سالفة الذكر - أيان كان شأنها - لا ترقى الى مستوى الحوادث الطارئة الموجبة لالزام الادارة بتحمل نضيب في الخسارة الفاحشة التي تختل بها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما ، وذلك ضمانا لتنفيذ العقد الادارى واستدامة سير المرفق العام الذي يخضعه^(١) .

القاعدة الثانية :

مسئولية المقاول في حالة تأخره في تنفيذ التزاماته اذا كان مرد ذلك الى أسباب لم يكن في الامكان توقعا وقت تقديم العطاء وكانت خارجة عن ارادته - سلطة الجهة الادارية المتعاقدة في تقدير هذه الأسباب - انقضاء غرامات التأخير منوط بتقدير الجهة الادارية :

وجاء بالحكم مايلي :

ولئن كانت الشروط العامة قد جعلت المقاول - كقاعدة عامة - مسئولا عن الصعوبات المادية المتوقعة وغير المتوقعة ، الا أنها استثناء من هذه القاعدة العامة أعفّت في البند ٤٠ منها المقاول من المسؤولية في حالة تأخره في تنفيذ التزاماته اذا كان مرد ذلك الى أسباب لم يكن في الامكان توقعها وقت تقديم العطاء وكانت خارجة عن ارادته ، وناطت بمدير عام الهيئة سلطة تقدير هذه الأسباب شريطة أن يقوم المقاول بإبلاغه عنها فورا عند حصول أي حادث يرى أنه سيكون سببا في تأخير انتهاء الأعمال . وغنى عن البيان أن اقتضاء غرامات التأخير منوط - وفقا لما هو مقرر في فقه القانون الادارى - بتقدير الجهة الادارية بحسبانها القوامة على حسن سير المرافق العامة والقائمة تبعا لذلك على تنفيذ شروط العقد^(٢) .

(١) المحكمة الادارية العليا : ٣١١ - ١١ (١٩٦٩/٦/١٤) ٧٧٨/١٠٣/١٤ .

(٢) المحكمة الادارية العليا : ٣١١ - ١١ (١٩٦٩/٦/١٤) ٧٧٨/١٠٣/١٤ .

الفصل الرابع القوة القاهرة

القاعدة الأولى :

الاستحالة الناشئة عن سبب أجنبي ينقضى بها أصلا الالتزام - الشروط الواجب توافرها في السبب الأجنبي ، لا يجوز للمتعاقدين أن يعدلا من أثر القوة القاهرة :

وجاء بالحكم مايلي :

إذا كانت الاستحالة ناشئة عن سبب أجنبي فإن الالتزام ينقضى أصلا : والسبب الأجنبي هو الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أو خطأ الدائن أو فعل الغير ، ويجب أن يكون الحادث غير متوقع ومستحيل الدفع ويكون من شأنه أن يجعل التنفيذ مستحيلا ؛ وغنى عن البيان أنه لا يجوز للمتعاقدين أن يعدلا باتفاقهما من أثر القوة القاهرة ، فيتفقا مثلا على أن يتحمل المدين بالأثر^(١) .

القاعدة الثانية :

الشروط الواجب توافرها في السبب الأجنبي والقوة القاهرة - أثر امكان الحادث الذي يعتبر قوة قاهرة :

وجاء بالحكم مايلي :

وان كان الاجراء الذى اتخذه مصلحة الآثار بمنع العمل في الموقع لمدة تسعة أشهر يستند الى ما لهذه المصلحة من سلطة عامة في تنفيذ القوانين المتعلقة بالآثار ؛ غير أنه مع ذلك لا يعتبر بمثابة القوة القاهرة أو السبب الأجنبي الذى يعفى جهة الادارة المتعاقدة من تنفيذ التزامها المشار اليه ، ذلك لأنه من الأمور المسلمة أنه يشترط في القوة القاهرة أو السبب الأجنبي أن يكون غير ممكن التوقع مستحيل الدفع ، فاذا أمكن توقع الحادث حتى لو استحال دفعة أو أمكن دفع الحادث ولو استحال توقعه لم يكن

(١) المحكمة الادارية العليا : ١٣٣٠ - ط ١ (١٩٦٩/٢/١٥) ٣٧٣/٤٨/٦٤ .

قوة قاهرة ولا يترتب عليه اعفاء المدين من التزامه ، والذي يبين من الاطلاع على المادة السادسة والعشرين من عقد الاشغال العامة المبرم بين المدعى وجهات الادارة المدعى عليها أن العمل كان يجرى فى منطقة أثرية وأنه كان من الأمور المتوقعة عند إبرام العقد توقف العمل فيه لوجود آثار فى الموقع ، ويترتب على ذلك أن تدخل مصلحة الآثار وايقاف العمل كان أمرا متوقعا ولذلك فلا يعتبر هذا العمل سببا أجنبيا أو قوة قاهرة يترتب عليها أن يتحلل المدعى عليهم من التزامهم بالمضى فى تنفيذ العمل المتعاقد عليه حتى يتم اتجازه ؛ وكان يجب عليهم أن يتأكدوا من مصلحة الآثار أنه لا يوجد بالموقع ما يحول دون تنفيذ العملية المتعاقدة عليها فى الأجل المتفق عليه^(١) .



(١) المحكمة الادارية العليا : ١٣٢٠ - ١٢ - (١٩٦٩/٢/١٥) ٣٧٣/٤٨/١٤ .
١٣٤٠

الباب العاشر

بعض قواعد التعويض طبقا لاحكام النقض المدنى
ومدى استلهاام المحكمة الادارية العليا لبعضها
والمبادئ القضائية المتعلقة بذلك

الباب العاشر

بعض قواعد التعويض طبقاً لأحكام النقص المدني ومدى استلزام المحكمة الإدارية العليا لبعضها والمبادئ القضائية المتعلقة بذلك

تمهيد :

بعد عرض القواعد العامة للتعويض في ظل نظريتي «فعل الأمير» ، و «الظروف الطارئة» ، نجد من المفيد عرض القواعد العامة للتعويض في القانون المدني طبقاً لما استقرت عليه أحكام محكمة النقض ، ثم نحاول أن نستلهم منها ما يمكن الاستهداء بها أمام القضاء الإداري طبقاً للأحكام التي سنتولى عرضها .

★ ففي ظل أحكام القضاء المدني نتولى عرض الموضوعات التالية في فصل أول وهي :

(أولاً) : النصوص القانونية .

(ثانياً) : تقدير التعويض .

(ثالثاً) : مقياس التعويض .

(رابعاً) : الظروف الملازمة التي من شأنها أن تؤثر في التعويض .

(خامساً) : الحكم للدائن بتعويض تكميلي .

(سادساً) : التعويض في حالة فسخ العقد ، ومدى التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد في ظل آراء الفقه وأحكام النقض . ولأهمية الفسخ سنخصص له الباب العاشر .

(سابعاً) : تقدير التعويض الذي يحكم به القاضى المدني كلما كان الضرر متغيراً ، لا كما كان عندما وقع الضرر ، بل كما صار إليه عند الحكم .

(ثامناً) : مدى إمكان التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد في ظل أحكام القانون المدني .

★ ونعرض بالفصل الثانى بعض القواعد الصادرة عن القضاء الإداري والمستلزمة من أحكام القضاء المدني وهي :

(١) تحقق الضرر . (٢) لا محل للتعويض إذا كان التعويض العيني ممكناً .

(٣) تقدير التعويض في حالة الخطأ المشترك .

(٤) مدى حق الإدارة في تقدير التعويض دون الالتجاء للقضاء .

الفصل الأول

التعويض فى ظل نصوص القانون المدنى ، ولما استقرت
عليه أحكام النقص

(أولاً) : النصوص القانونية :

تنص المادة ١٧١ من التقنين الجديد على مايلى :

١ - يعين القاضى طريقة التعويض تبعاً للظروف ، ويصح أن يكون التعويض
مقسطاً كما يصح أن يكون ايراداً مرتباً ، ويجوز فى هاتين الحالتين إلزام المدين بأن
يقدم تأميناً .

٢ - ويقدر التعويض بالنقد ، على أنه يجوز للقاضى تبعاً للظروف وبناء على
طلب المضرور ، أن يأمر بإعادة الحالة الى ما كانت عليه ، أو أن يحكم بأداء أمر
معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض .

ويبين من هذا النص أن الأصل فى التعويض أن يكون تعويضاً نقدياً . ذلك أن
التعويض بمعنى الواسع إما أن يكون تعويضاً عينياً وهذا هو التنفيذ العينى ، وأما أن
يكون تعويضاً بمقابل ، والتعويض بمقابل إما أن يكون تعويضاً غير نقدي أو تعويضاً
نقدياً .

(ثانياً) : تقدير التعويض :

تنص المادة ١٧٠ من التقنين المدنى الجديد على ماياتى :

يقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور طبقاً لأحكام
المادتين ٢٢١ و ٢٢٢ مراعيًا فى ذلك الظروف الملائمة ، فإن لم يتيسر له وقت الحكم
أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً ، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب
خلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير .

والمادتين (٢٢١ و ٢٢٢) المشار إليهما فى النص ينصان على مايلى :

تنص المادة (٢٢١) على ماياتى :

١ - إذا لم يكن التعويض مقدراً فى العقد أو بنص فى القانون فالقاضى هو الذى

يقدره . ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول .

٢٠ - ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد .

(ثالثا) : مقياس التعويض :

ويتبين من هذه النصوص أن التعويض مقياسه الضرر المباشر . فالتعويض في أية صورة كانت تعويضا عينيا أو بمقابل ، وتعويضا نقديا أو غير نقدي ، وتعويضا مقسطا أو ايرادا مرتبا يقدر بمقدار الضرر المباشر الذي أحدثه الخطأ سواء كان هذا الضرر ماديا أو أدبيا ، وسواء كان متوقعا أو غير متوقع ، وسواء كان حالا أو مستقبلا مادام محققا .

والضرر المباشر يشتمل على عنصرين جوهريين هما الخسارة التي لحقت بالمضرور ، والكسب الذي فاتته ونتيجة لذلك فهذان العنصران هما اللذان يقومهما القاضى بالمال . فلو أن شخصا أتلف سيارة مملوكة لآخر ، وكان صاحب السيارة اشتراها بألف وحصل على وعد من الغير أن يشتريها منه بمائتين وألف ، فالألف هي الخسارة التي لحقت صاحب السيارة ، والمائتان هو المكسب الذي فاتته وكلاهما ضرر مباشر يجب أن يكون الضرر متوقعا أو غير متوقع . ففي المسؤولية التقصيرية يشمل التعويض كل ضرر مباشر ، متوقعا كان هذا الضرر أو غير متوقع ، أما في المسؤولية العقدية فيقتصر التعويض على الضرر المتوقع في غير حالاتي الغش والخطأ الجسيم^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن تقدير التعويض على أساس المسؤولية العقدية أخف منه على أساس المسؤولية التقصيرية ذلك أنه طبقا لأحكام القانون المدني يقتصر التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المباشر متوقع الحصول أما في المسؤولية التقصيرية فيكون التعويض عن أى أضرار مباشرة سواء كان متوقعا أو غير متوقع .

(١) الدكتور العميد عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، المجلد الثاني، العمل الضار والاثراء بلا سبب، ط ٢ متفحة من ١٩٨١ ص ١٣٦١ .

(رابعاً) : الظروف الملازمة التي من شأنها أن تؤثر في تقرير التعويض :

وطبقاً لروح المادة ١٧٠ فإن القاضي يراعى في تقدير التعويض الظروف الملازمة ، ويقصد بالظروف الملازمة هنا الظروف التي تلابس الضرر لا الظروف التي تلابس المسئول . فالظروف الشخصية التي تحيط بالضرر وما قد أفاده بسبب التعويض . كل هذا يدخل في حساب القاضي عند تقديره للتعويض^(١) . أما الظروف الشخصية التي تحيط بالمسئول وجسامة الخطأ الذي صدر منه ، فلا يدخل في الحساب ، على خلاف في الرأي بالنسبة الى جسامة الخطأ .

فالظروف الشخصية التي تحيط بالضرر تدخل في الاعتبار ، لأن التعويض يقاس بمقدار الضرر الذي أصاب المضرور بالذات ، فيقدر على أساس ذاتي ، لا على أساس موضوعي .

(خامساً) : الحكم للدائن بتعويض تكميلي :

تنص المادة ٢٣١ مدني على أنه يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف الى الفوائد ، اذا أثبت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية . وفي ذلك تقول محكمة النقض ، ان مفاد نص المادة ٢٣١ من القانون المدني أنه يشترط للحكم بالتعويض التكميلي بالاضافة الى الفوائد أن يقيم الدائن الدليل على توافر أمرين : أولهما حدوث ضرر استثنائي به ، لا يكون هو الضرر المألوف الذي ينجم عادة عن مجرد التأخير في وفاء المدين بالتزامه ، وثانيهما سوء نية المدين بأن يكون قد تعدد عدم الوفاء بالتزامه وهو عالم بما يحدثه ذلك لدائنه من الضرر^(٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض - الدائرة المدنية - بأن مراعاة الظروف الملازمة في تقدير التعويض أمر يدخل في سلطة قاضي الموضوع بلا معقب عليه في ذلك . نقض مدني في ٣٠ أبريل سنة ١٩٦٤ - مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ رقم ٩٩ من ٦٣١ - كما قضت دائرتها الجنائية بأن تقدير مبلغ التعويض من سلطة محكمة الموضوع وحدها حسبما تراه مناسباً وفق ما تتبينه هي من ظروف الدعوى ولا يقبل من الطاعن منازعته في سلامة هذا التقدير مادام قد اكتمل للحكم بالتعويض عناصره القانونية (نقض جنائي في ٣ فبراير سنة ١٩٧٤ - مجموعة أحكام النقض الجنائية - السنة ٢٥ رقم ١٩ من ٨٠) .

(٢) نقض مدني ١٩٧٦/١٢/٣٠ - موسوعتنا الذهبية - ج ٨ فقرة ٦٢١ ، نقض مدني ١٩٩٠/٥/٢١ - الطعن رقم ٨١٥ لسنة ٥٢ ق - غير منشور .

(سادسا) : التعويض في حالة فسخ العقد ، وفي حالة الضرر المتغير ، ومدى التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد في ظل آراء الفقه وأحكام النقض :

للدائن الذي أجيب الى فسخ العقد أن يرجع بالتعويض على المدين اذا كان عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه راجعا الى خطئه ، لا إهمال أو تعدد ، والتعويض هنا يبنى على المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية العقدية فان العقد بعد أن فسخ لا يصلح أن يكون أساسا للتعويض ، وإنما أساسا التعويض هو خطأ المدين ، ويعتبر العقد هنا واقعة مادية لا عملا قانونيا كما في البطلان . أما العاقد الذي لم يقم بتنفيذ التزامه ، فليس له أن يطالب بالتعويض . وإذا كان ما طلبه الدائن هو تنفيذ العقد لا فسخه ، جاز الحكم له بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية ، لأن العقد في هذه الحالة بقي قائما ولم يفسخ ، فيصح إذن للدائن أن يحصل على تعويض ، أما مع بقاء العقد على أساس المسؤولية العقدية ، وأما بعد فسخ العقد على أساس المسؤولية التقصيرية ، وهذا هو ما عنته الفقرة الأولى من المادة ١٥٧ حين قضت بأن للدائن أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع بقاء التعويض في الحالتين أن كان له مقتضى^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا حكم القاضي بفسخ عقد الشركة فان هذا الفسخ خلافا للقواعد العامة في الفسخ لا يكون له أثر رجعي ، وإنما تنحل الشركة بالنسبة للمستقبل ، أما قيامها وأعمالها في الماضي فأنها لا تتأثر بالحل ، وبالتالي فلا محل لتطبيق القاعدة العامة الواردة في المادة (١٦٠) من القانون المدني والتي توجب إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد في حالة فسخه مما يقتضى أن يرد كل منهما ما تسلمه من الآخر تنفيذا للعقد ، وإنما يستتبع فسخ عقد الشركة وحلها تصفية أموالها وتقسيمها بالطريقة المبينة في العقد^(٢) .

هذا بخلاف ابطال العقد الزمني فان العقد يعتبر كأن لم يكن الابطال ، ويكون المستحق عن المدة السابقة على الحكم بالابطال تعويضا لا أجرة ، فلا يكفله امتياز المؤجر .

(١) الدكتور العميد/ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، - المجلد الأول - العقد - ط/٢ - ص ٩٧٩ .

(٢) نقض مدني في ١٢ يولية سنة ١٩٦٩ - مجموعة أحكام للنقض - السنة ٢٠ - رقم ١٤٨ ص ٩٢٩ . وراجع أيضا تقرير التعويض عن فسخ للعقد الزمني، رسالة الدكتور/ عبد الحى حجازي عقد المدة - ص ٢٠٠ - ص ٢٠٩ . . .

ودعوى الفسخ كدعوى الإبطال . دعوى شخصية ، لا يطلب فيها إلا الحكم بفسخ العقد ، فإذا اقترنت بطلب رد الشيء كانت الدعوى شخصية أيضا ، لأن الطلب يكون مبنيا على الزام شخصى هو رد ما تسلمه المدين دون حق كما قدمنا .

ويلاحظ أن دعوى الفسخ من شأنها أن تجعل الدائن فى مقام الدائن الممتاز من الناحية العملية ، ذلك لأنه يسترد ما أعطاه دون أن يشترك معه فيه بقية دائئى المدين ، فهو ممتاز من هذه الناحية ، وبعبس ما اذا قصر طلبه على طلب تنفيذ العقد فانه يصبح فى هذه الحالة كبنية الدائنين ويشترك هؤلاء معه شركة غرماء . فدعوى الفسخ والمقاصة والحق فى الحبس ، وحق الامتياز كل هذه تخدم غرضا عمليا واحدا .

(سابعا) : تقدير التعويض الذى يحكم به القاضى المبنى كلما كان الضرر متغيرا ، لا كما كان عندما وقع الضرر ، بل كما صار اليه عند الحكم :

وتقول محكمة النقض :

«أنه كلما كان الضرر متغيرا تعين على القاضى النظر فيه لا كما كان عندما وقع ، بل كما صار اليه عند الحكم ، مراعى التغيير فى الضرر ذاته من زيادة راجع أصلها الى خطأ المسئول أو نقص كائنا ما كان سببه ، ومراعى كذلك التغيير فى قيمة الضرر بارتفاع ثمن النقد أو انخفاضه وبزيادة أسعار المواد اللازمة لاصلاح الضرر أو نقصها . ذلك أن الزيادة فى ذات الضرر التى يرجع أصلها الى الخطأ والنقص أيا كان سببه غير منقطعى الصلة . أما التغير فى قيمة الضرر فليس متغيرا فى الضرر ذاته . واذا كان المسئول ملزما بجبر الضرر ثم كان لا وجه للقول بأن تغير القيمة لا يمت الى الخطأ بصله ، كما لا وجه للقول بأن المضرور ملزم بالعمل على اصلاح الضرر فاذا هو تهاون فعليه تبعة تهاونه ، فان التزام جبر الضرر واقع على المسئول وحده ، ولا على المضرور أن ينتظر حتى يوفى المسئول التزامه»^(١) .

(ثامنا) : مدى امكان التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد فى ظل أحكام القانون المبنى^(٢) :

بإدىء ذى بدء نقرر أن هذا الدفع له أهمية كبيرة فى الحياة العملية ، ويمكن

(١) نقض مبنى ١٧ أبريل سنة ١٩٤٧ - مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٥ من ٣٩٨ - مشار الى الحكم بمرجع الدكتور العميد/ عبد الرزاق السنهورى - مرجع سابق - ص ١٣٦٨ هامش .

(٢) الدكتور عبد الرزاق السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المبنى بمصادر الإلتام - المجلد الأول ، العقد، ص ١٩٨١ من ١٠١٦ - ١٠١٨ .

الاسترشاد بأحكامه أمام القضاء الإداري فيما لا يتعارض مع طبيعة الدعوى الإدارية ، كدعوى استهلامية واستيفائية .

ونعرض هذا الموضوع على النحو التالي :

(١) عدم ضرورة الاعذار في ظل أحكام القانون المدني : لا يحتاج المتمسك بالدفع الى اعذار المتعاقد الآخر قبل أن يتمسك بالدفع ، وهذا بخلاف المطالبة بفسخ العقد ، فإن الاعذار قبلها واجب على التفصيل الذي بيناه فيما تقدم . على أن التمسك بالدفع معناه امتناع المتمسك عن تنفيذ التزامه ، وفي هذا اعذار كاف للمتعاقد الآخر بوجوب تنفيذ الالتزام الذي في نعمته . وقد يكون الاعذار واجبا لا للتمسك بالدفع ، بل لتوليد الالتزام الذي يخول عدم تنفيذه حق التمسك بالدفع ، كما اذا كان هذا الالتزام هو التزام بتعويض عن التأخر لا ينشأ الا باعذار طبقا للقواعد العامة .

(٢) ترك الأمر الى تقدير المتمسك بالدفع تحت رقابة القضاء : ويترك الدفع بعدم التنفيذ لتقدير المتعاقد الذي يتمسك به . وذلك بخلاف الفسخ فقد تقدم أنه موكول لتقدير القضاء . ذلك أن الدفع بعدم التنفيذ أقل خطرا من الفسخ ، فهو لا يحل العقد ، بل يقتصر على وقف تنفيذه .

على أن الدفع بعدم التنفيذ قد يكون مرده في آخر الأمر الى القضاء ، ذلك أنه اذا تمسك أحد الطرفين بالدفع وامتنع عن تنفيذ التزامه ، فإن الطرف الآخر يستطيع أن يرفع الأمر الى القضاء ، وللقاضي تقدير موقف من يتمسك بالدفع فيقره أو لا يقره . ويتبين من ذلك أنه اذا لم يلجأ المتمسك بالدفع الى القضاء ، منذ البداية ، فذلك يرجع في الواقع الى أنه يتمسك بدفع لا بدعوى ، وطبيعة الدفع تجعل المتمسك به في غير حاجة الى رفع دعوى ، بل هو الذي ترفع عليه الدعوى فيتمسك عند ذلك بالدفع .

فالتمسك بالدفع يمر اثنى دورين (الدور الأول) وهو دور غير قضائي يتمتع فيه المتمسك بالدفع عن تنفيذ التزامه ، وهذا مجرد امتناع لا يحتاج فيه الى عمل ايجابي (والدور الثاني) وهو الدور القضائي لا يتحقق الا اذا رفع المتعاقد الآخر دعوى يطلب فيها تنفيذ التزام المتعاقد الأول ففي هذا الدور تتحقق رقابة القضاء ، فاذا أقر القاضي المتمسك بالدفع على دفعه ، فإن هذا لا يمنعه من الحكم عليه بالتنفيذ ولكن يقرن الحكم بشرط هو أن يقوم المدعى بتنفيذ

التزامه في الوقت ذاته . وقد يأخذ الدفع صورة أشكال في التنفيذ اذا ما أراد المحكوم له تنفيذ الحكم قبل أن يقوم بتنفيذ التزامه .

(٣) تمسك كل من المتعاقدين بالدفع : وقد يتمسك كل من المتعاقدين بالدفع ويمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بالتنفيذ . فاذا رفع أحدهما دعوى على الآخر يطالبه بالتنفيذ ، حكم القاضي على المدعى عليه بأن ينفذ التزامه بشرط أن يقوم المدعى من جانبه بتنفيذ التزامه .

وتجوز الاستعانة بإجراءات العرض الحقيقي لمعرفة المتخلف عن الوفاء من المتعاقدين . فاذا تبين للقاضي أن أحد المتعاقدين متعنت . فإن كان المدعى ، رفض دعواه ، وإن كان المدعى عليه ، حكم عليه بالتنفيذ دون شرط . أما اذا كان كل من المتعاقدين متعنتا ، أو ظهر أن كلاهما غير متعنت ولكن لا يثق أحدهما بالآخر ، ولم يلجأ أحد لإجراءات العرض الحقيقي ، ولم يبق للخلاص من هذا الموقف الا أن يحكم القاضي بأن يودع كل من المتعاقدين ما التزم به في خزانة المحكمة أو تحت يد شخص ثالث ، وفي هذا ما يجعلهما ينفذان التزاميهما في وقت واحد

الفصل الثانى

أمثلة مختارة من أحكام المحكمة الادارية العليا فى تقدير التعويض

مهتدية بأحكام القانون المدنى

تقترب نظرية التعويض فى العقود الادارية من النظرية المقابلة فى القانون المدنى . فيشترط فى كليهما توافر أركان المسئولية العقدية من خطأ وضرر وارتباطهما بعلاقة سببية مباشرة^(١) ولكنها تبتعد عنها فيما يتعلق بطريقة وضعه وكيفية تحصيله . كما يتميز القضاء الادارى بسهولة التعبير وبساطة الفهم وبطابعه العملى ، لبنائه على أحكام عملية ، ونظريات غير معقدة .

والقواعد الأساسية التى تقوم عليها تلك النظرية هى :

١ - تحقق الضرر :

بخلاف الغرامات ، فان التعويضات يشترط فيها أن تكون عن ضرر محقق لحق الادارة أو المتعاقد معها بسبب تفسير أو اساءة استعمال السلطة .

★ وقد قضت المحكمة الادارية العليا فى ٢ يناير سنة ١٩٦٥ : بأن «رجوع الادارة بالتعويضات الأخرى على المتعاقد معها ، المقصر فى حقها ، عند مصادرة التأمين الذى يقل عن مستوى التعويض الكامل لا يستند الى اعتبار العقد قائما ومنفذا على حساب المتعاقد مع أنه سبق نسخه ، على نحو ما اتجه اليه الحكم المطعون فيه ، وانما يستند ذلك الرجوع الى أحكام القواعد العامة فى أى عقد كان ، وتلك الأحكام تقضى بأن كل خطأ ترتب عليه ضرر يلزم من ارتكبه بالتعويض وبقدر قيمة الضرر ، وهذه الأحكام لا تتعارض البتة مع فكرة التأمين فى العقود الادارية بوجه عام ، ولا غرو أن فروق الأسعار ونزول جعل المقاصف ، وما يضيع على جهة الادارة من كسب محقق ، كل أولئك تمثل فى حقيقتها أضرارا فعلية لاحقت وتعاقبت عليها من جراء اخلال المتعاقد معها بتنفيذ ما التزم به قبلها .

(١) تنص المادة (١٦٣) من القانون المدنى على مايلى :

كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض .

٢ - لا محل للتعويض اذا كان التنفيذ العيني ممكنا :

★ قضت المحكمة الادارية العليا فى حكمها بتاريخ ٢٠ مايو سنة ١٩٦٧ بأن «من الأصول العامة للالتزامات ، والتي تسرى على العقود الادارية والعقود المدنية على حد سواء انه اذا أمكن التنفيذ العيني وطلبه الدائن ، فان المدين يجبر عليه وأنه لا قيام للمسئولية العقدية فى مجال التنفيذ العيني ، اذ أنه متى كان التنفيذ العيني ممكنا فلا محل للتعويض عن عدم التنفيذ . وينبنى على ذلك أنه لا قيام للمسئولية العقدية اذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود اذ يكون التنفيذ العيني ممكنا دائما .

★ ومع ذلك فان التعويض المحكوم به يستحق عنه فوائد التأخير طبقا للمادة ٢٢٦ من القانون المدنى .

★ فقد قضت المحكمة الادارية العليا بتاريخ ٢٢ فبراير سنة ١٩٧٥ بمايلى :

«يبين من الرجوع الى أحكام المادة ٢٢٦ من القانون المدنى ، وهى من الأصول العامة للالتزامات التى جرى قضاء هذه المحكمة على تطبيقها على الروابط العقدية الادارية أنه متى كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار عند الطلب وتأخر المدين فى الوفاء به فإنه يكون ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قدرها ٤٪ فى المبائل المدنية ... وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية مالم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسرياتها ، وهذا كله مالم ينص القانون على غيره .

ولما كانت قيمة فسائل النخيل التالفة التى لم ير الحكم المطعون فيه استحقاق الفوائد القانونية بالنسبة لها أنها تمثل تعويضا مترتبا على اخلال المطعون ضده بالتزامه العقدى ... ومن ثم يتعين الحكم بالزام المدعى بالفوائد القانونية بالنسبة الى مبلغ التعويض المستحق عن الفسائل التالفة ..

٣ - تقدير التعويض فى حالة الخطأ المشترك :

وتطبق قواعد القانون المدنى فى هذا الخصوص ، فيقدر التعويض بقيمة الضرر الحقيقى الذى تحملته الادارة وقت وقوعه .

ويراعى فى تقدير التعويض مقدار ما ساهم به خطأ الادارة فى احداث الضرر بحيث يخفض التعويض بما يعادل هذا القدر .

★ وتطبيقاً لهذا المبدأ قضت المحكمة الادارية العليا في حكم لها بتاريخ ٣١ ديسمبر سنة ١٩٦٦ بأنه :

« ... من حيث أن الضرر الذي أصاب المؤسسة جاء نتيجة خطأ كل من الادارة والمؤسسة معا ، فالفرض أن المؤسسة عليمه بأحكام مرسوم الأوعية علمها بالقانون الذي لا يعذر أحد بالجهل به ، وكان من المتعين عليها والحالة هذه أن تتثبت من مطابقة ما تضعه لأحكامه ، ويتمثل خطأ الادارة في كونها طرحت المناقصة على أساس عينة نمونجية مخالفة لأحكام مرسوم الأوعية ، مع ما يتوافر لديها من الامكانيات الفنية التي تكفل لها الوقوف على حقيقة المواد الداخلة في تركيبها . واذ كان الخطأ مشتركاً وكان للقاضي أن يقدر نصيب كل من المسؤولين عن الخطأ في التعويض وفقاً لأحكام المادتين ١٦٩ ، ٢١٦ من القانون المدني ، فإن المحكمة تقدر التعويض المستحق للمؤسسة في نعمة الادارة ، بمراعاة مدى جسامة الخطأ الذي ارتكبه كل منهما .

★ وبذات المعنى جاء حكم المحكمة الادارية العليا بتاريخ ٢٨ يناير سنة ١٩٧٨ حيث جاء به مايلي :

« ومن حيث أن الثابت أن مجلس مدينة الأقصر قد وقع هو الآخر في خطأ كان له شأن في زيادة الضرر المطالب بالتعويض عنه ، ويتمثل هذا الخطأ في تراخيه في اتخاذ الاجراء المنصوص عليها في العقد في الوقت المناسب ضماناً لحسن سير المرفق بانتظام واطراد بعد أن أفصح المتعاقد في اخطاراته المتعاقبة ... عن عدم رغبته في التمسك بالعقد واعتباره مفسوخاً ، وظل المجلس ساكناً وقد كان يتعين على مجلس المدينة أن يعمل على توقي هذه الأضرار المادية فضلاً عن توقف نشاط المقصف في الوقت المناسب ، أما وقد تراخى في اتخاذ هذه الاجراءات فترة استطالت الى أكثر من سبعة أشهر في حين أن مدة العقد سنة واحدة ، فإنه يكون قد ارتكب خطأ يتعين أن يتحمل تبعته »

٤ - انفراد الادارة بتقدير التعويض وتحصيله دون الالتجاء للقضاء مادام أن العقد يخولها ذلك :

★ أقر مجلس الدولة الفرنسي للادارة الحق في انفرادها بتقدير التعويض المستحق لها والزام المتعاقد الآخر به وتحصيله منه دون حكم من القاضي ، وذلك

لأول مرة بموجب حكمه الصادر بتاريخ ١١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ فى قضية شركة ملاحه جنوب الاطلنطى دون اشتراط النص على ذلك فى العقد .

★ ولا يوجد لمجلس الدولة المصرى قضاء صريح بتأكيد هذا الحق للادارة أو منعه عنها ، فالبادئ أنه يقر لها به بناء على نص فى العقد . فقد قضت المحكمة الادارية العليا فى حكم لها بتاريخ ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٦٥ بأنه :

الوجه لالتزام الادارة الطاعنة بأن تلجأ الى القضاء لتحصل منه على حكم بالتعويض مادام أن العقد يخولها صراحة الحق فى اجراء مقاصة دون حاجة الى اتخاذ اجراءات قانونية أو قضائية عن أية مبالغ تكون مستحقة أو تستحق مهما كان سبب الاستحقاق لدى المصلحة نفسها أو أية مصلحة حكومية أخرى ، عن كل خسارة تلحقها من جراء ذلك .

فإذا كان العقد قد نص بعد ذلك ،على أن يكون ذلك بدون الاخلال بحق المصلحة فى المطالبة قضائيا بالخسائر التى لا يتيسر لها استردادها . فهذا بالضرورة لا يعنى الزام المصلحة بالالتجاء الى القضاء ، مادام أن فى حوزتها القدر من المبالغ الكافية لجبر التعويض عن الأضرار . بل النص يعنى تخويل الادارة حق الالتجاء الى القضاء اذا لم تكفى المبالغ التى فى حوزتها لجبر الضرر كاملا .



الباب الحادى عشر

الأحكام العامة للفسخ وآثاره ، واجراءاته ، ومدى جواز
الاعذار قبل الفسخ فى ظل أحكام محكمة النقض
وأراء الفقه ، وأحكام مجلس الدولة المصرى والوضع
الخاص بعقد الامتياز

الباب الحادى عشر

الأحكام العامة للفسخ وآثاره واجراءاته ، ومدى جواز الاعذار
قبل الفسخ فى ظل أحكام النقص وأراء الفقه وأحكام مجلس الدولة
المصرى والوضع الخاص بعقد الامتياز

الفصل الأول

الأحكام العامة للفسخ وآثاره واجراءاته
فى ظل أحكام محكمة النقض وأراء الفقه

المبحث الأول

الشروط العامة للفسخ

نوضح هذه الشروط فيما يلى :

(١) الفسخ يرد على كل العقود الملزمة للجانبين سواء أكانت ادارية أو مدنية ،
وايضاحا لذلك ، فان العقد الذى تبرمه الحكومة مع مقال رست عليه مناقصة أشغال
عامة ، سواء أعتبر عقدا مدنيا أو عقدا اداريا ، فان وصفه لا يحول دون القضاء
بفسخه اذا أخل المقال بالتزاماته المحددة فيه^(١) .

فإن ما تنص عليه المادة ١٥٧ من القانون المدنى من تخويل كل من المتعاقدين
فى العقود الملزمة للجانبين الحق فى المطالبة بفسخ العقد اذا لم يوف المتعاقد الآخر
بالتزامه ، هو من النصوص المكملة لارادة المتعاقدين . ولهذا فان هذا الحق يكون
ثابتا لكل منهما بنص القانون ويعتبر العقد متضمنا له ولو خلا من اشتراطه ، ولا
يجوز حرمان المتعاقدين من هذا الحق أو الحد من نطاقه الا باتفاق صريح^(٢) .

(١) نقض مدنى ١٩٥٤/٤/٢٢ - مجموعة أحكام النقض ٥ - رقم ١١٩ - ص ٧٨٨ .
(٢) نقض مدنى ١٣ فبراير ١٩٦٩ - مجموعة أحكام النقض - السنة ٢٠ رقم ٥٢ - ص ٣٢٥ .

وإذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بفسخ العقد اعمالا لنص المادة ١/١٥٧ من القانون المدني ، ولا يشترط لاعمال حكم تلك المادة أن يتضمن العقد شرطا يجيز الفسخ في حالة تخلف أحد طرفيه عن تنفيذ التزامه^(١) .

(٢) لا يكون الفسخ الا اذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، ويلاحظ مايلي :

★ **عدم التنفيذ الراجع الى سبب أجنبي** : اذا كان عدم التنفيذ يرجع الى استحالة لسبب أجنبي ، فان التزام المدين يتقضى فينقضى الالتزام المقابل له ، وينفسخ العقد بحكم القانون ، وهذا ما سنعرضه بعد قليل .

ولذلك فاذا أصبح التنفيذ مستحيلا لسبب أجنبي خرجنا من نطاق الفسخ الى نطاق الانسحاب .

وتجدر الإشارة الى مايلي : أنه متى كانت استحالة تنفيذ الالتزام تقوم على أسباب قانونية ، فان البحث في توافرها يعد من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض .

(ب) **عدم التنفيذ يرجع الى فعل المدين** : فيجب انن أن يكون عدم التنفيذ راجعا الى غير السبب الأجنبي ، بأن يكون التنفيذ العيني أصبح مستحيلا بفعل المدين أو ، لا يزال ممكنا ولكن المدين لم يقم بالتنفيذ . ففي هذه الحالة يجوز للدائن أن يطالب بفسخ العقد .

ويرى العميد الدكتور/ عبد الرزاق السنهوري أن المسؤولية العقدية تتحقق أيضا في هذا الفرض^(٢) ، فيكون للدائن الخيار بين المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية أو المطالبة بفسخ العقد . بل يجوز أن يتفق المتعاقدان على أن العقد لا يفسخ عند عدم التنفيذ ، وأن يقتصر الدائن على المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية^(٣) .

(١) نقض مدني في ١١/١/١٩٦٢ - مجموعة أحكام النقض - ١٣ رقم ١٤٣ - ص ٩٤٨ .
(٢) الدكتور/ العميد/ عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني - المجلد الأول - العقد - ط/٣ - ص ١٥٩ - ١٩٦٠ .

(٣) يراجع في جواز النزول عن حق الفسخ بحث الدكتور/ عبد الحى حجازي - مجلة العلوم القانونية - السنة الأولى - ص ٤٦٦ بند ٣٤ ومابعده .

(ج) عدم التنفيذ الجزئى : اذا كان عدم التنفيذ جزئيا - ويعتبر فى حكم عدم التنفيذ الجزئى أن يكون التنفيذ معيبا - فلا يزال للدائن حق المطالبة بالفسخ . والقاضى فى استعمال حقه فى التقدير ينظر فيما اذا كان الجزء الباقى دون تنفيذه يبرر الحكم بالفسخ ، أو يكفى اعطاء مهلة للمدين لتكملة التنفيذ . فاذا رأى القاضى أن عدم التنفيذ خطير بحيث يبرر الفسخ ، بقى عليه أن يرى هل يقضى بفسخ العقد كله أو يقتصر على فسخ جزء منه مع بقاء الجزء الآخر ، ويقضى بفسخ العقد كله اذا كان التزام المدين لا يحتل التجزئة أو كان يحتملها ولكن الجزء الباقى دون تنفيذ هو الجزء الأساسى من الالتزام .

٣ - لا يكون الفسخ الا اذا كان الدائن مستعدا للقيام بالتزامه وقادرا على اعادة الحال الى أصلها ونبين ذلك فيما يلى :

(أ) وجوب أن يكون الدائن مستعدا للقيام بالتزامه وأن يكون من الممكن اعادة الشيء الى أصله :

ويجب أيضا أن يكون الدائن طالب الفسخ مستعدا للقيام بالتزامه الذى نشأ من العقد الملزم للجانبين فليس من العدل أن يخل هو بالتزامه ثم يطلب الفسخ لعدم قيام المدين بتنفيذ ما فى نتمه من التزام^(١) .

أما اذا استحال على الدائن تنفيذ التزامه لسبب أجنبى ، فان العقد يفسخ بحكم القانون إنفساخه فيما اذا كانت الاستحالة فى جانب المدين .

(ج) الخيار بين الفسخ والتنفيذ : فاذا ما رفع الدائن دعوى الفسخ ، فان الحكم بالفسخ لا يكون حتميا ، بل يكون هناك خيار بين الفسخ والتنفيذ . وهذا الخيار يكون لكل من الدائن والمدين والقاضى^(٢) .

فالدائن بعد أن يرفع دعوى الفسخ له أن يعدل ، قبل الحكم ، عن طلب الفسخ الى

(١) أنظر حثمت أبو ستيت بند ٢٧٨ من ٣٤٢ حيث يقول أنه اذا كان طالب الفسخ مقصرا فلا يجوز له أن يطلب توقيع جزاء هو حرى بأن يوقع عليه .

(٢) قررت محكمة النقض بأنه اذا كان قضاء المحكمة بالفسخ قد صدر اعمالا لحكم المادة ١٥٧ من القانون المدنى لا استنادا الى وجود شرط فاسخ صريح فى العقد ، فان هذا القضاء يكون منشئا للفسخ لا مقرر له .

(نقض مدنى فى ٣ يوليو سنة ١٩٦٩ - مجموعة أحكام النقض - السنة ٢٠ رقم ١٧٢ - من ١١١٨) .

الى طلب التنفيذ . كما أنه اذا رفع دعوى التنفيذ فله أن يعدل عنه الى الفسخ . على أنه لا يجوز الجمع بين الفسخ والتنفيذ فى طلب واحد . كل هذا مالم يكن قد نزل عن أحد الطرفين^(١) .

ولا يعتبر مجرد رفعه الدعوى بطلب منهما نزولا منه عن الطلب الآخر .

وللمدين كذلك . قبل النطق بالحكم النهائى ، أن ينفذ التزامه ، فيتجنب الفسخ ، ولا يبقى فى هذه الحالة الا أن يقدر القاضى ما اذا كان هناك محل للحكم بتعويض للدائن عن تأخر المدين فى تنفيذ التزامه .

ومما يساعد على الحكم بالتعويض أن يكون الدائن قد أعذر المدين قبل رفع الدعوى . وقد سبقت الإشارة الى ذلك .

كذلك فإن القاضى ليس محتما عليه أن يحكم بالفسخ ، بل إن له فى ذلك سلطة تقديرية ، فقد يحكم بالفسخ اذا رأى الظروف تبرر ذلك ، وقد لا يحكم به ويعطى المدين مهلة لتنفيذ التزامه . وتنص الفقرة الثانية من المادة ١٥٧ على هذا الحكم صراحة اذ تقول : « ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلا اذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ اذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى الالتزام فى جملته ، . ومما يحمل القاضى على الحكم بالفسخ أن يتضح له تعمد المدين عدم التنفيذ أو اهماله فى تلك اهمالا واضحا رغما من اعدار الدائن له قبل رفع الدعوى . ومما يحمله على استبقاء العقد أن يكون مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى الالتزام فى جملته كما يقول النص . ومما يحمله على اعطاء المدين أجلا للتنفيذ أن يكون للمدين عذر فى تأخره عن التنفيذ ، أو أن يكون الدائن لم يصبه الا ضرر بسيط من جراء هذا التأخر ، أو أن يكون الضرر الذى أصاب الدائن انما نجم عن فعله هو لا عن فعل المدين ، ولا يعطى القاضى أن مهلة للمدين أن يكون الدائن قد أعذره قبل رفع الدعوى . واذا أعطى المدين مهلة وجب عليه القيام بتنفيذ الالتزام فى غضون غرضونها ، وليس له أن يتعدها ، بل ليس للقاضى أن يعطيه مهلة أخرى . ويعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بعد انقضاء المهلة حتى لو لم ينص القاضى فى حكمه على ذلك . وهذا بخلاف الأجل الذى يمنحه القاضى فى دعوى التنفيذ ، فإنه يجوز

(١) الدكتور العميد/ عبد الرزاق السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى - المجلد الأول - العقد - ط/٣ - ص ٩٦٦ .

للقاضي في هذا الصدد - طبقا للفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ - في حالات استثنائية اذا لم يمنعه نص في القانون ، أن ينذر المدين الى أجل معقول أو آجال يتنقذ فيها التزامه اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم .

★ وجدير بالذكر أنه اذا فسخ العقد اعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فاذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض مادة - ١٦٠ - مدني .

(١) أثر الفسخ : نصت المادة (١٦٠) من التقنين المدني الجديد على مايتأتى :

«اذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فاذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض .

(٢) تقادم دعوى الفسخ : ودعوى الفسخ ليست لها مدة خاصة تتقادم بها . فتقادمها إنن يكون بخمس عشرة سنة من وقت ثبوت الحق بالفسخ ، ويكون ذلك عادة عند الاعذار ، طبقا للقواعد العامة في التقادم المسقط ، وهذا بخلاف دعوى الابطال ، فقد رأينا أنها تتقادم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حسب الأحوال .

المبحث الثاني

صدور حكم بالفسخ ، وحالات اعدار المدين قبل الفسخ

★ لابد من رفع دعوى وصدور حكم بفسخ العقد ، ونص المادة (١٥٧) من التقنين الجديد صريح في هذا المعنى ، وقضاء المحاكم في ظل التقنين القديم مضطرد في وجوب صدور حكم بالفسخ .

وهنا يتجلى الفرق ما بين الفسخ بحكم القضاء والفسخ بحكم الاتفاق ، ففي الفسخ بحكم الاتفاق (وكذلك الانقضاء بحكم القانون يكون الحكم مقرر الفسخ لا منشأ

له^(١) ، أما الفسخ بحكم القضاء فالحكم فيه منشئ للفسخ^(٢) ، ومن ثم تعتبر المطالبة بالفسخ في هذه الحالة من أعمال التصرف .

وقد قررت محكمة النقض بأنه اذا كان قضاء المحكمة بالفسخ قد صدر اعمالا لحكم المادة (١٥٧) من القانون المدني ، لا استنادا الى وجود شرط فاسخ صريح في العقد ، فان هذا القضاء يكون منشئا للفسخ لا مقرر له .

★ ويلاحظ أن دعوى الفسخ من شأنها أن تجعل الدائن في مقام الدائن الممتاز من الناحية العملية ، ذلك لأنه يسترد ما أعطاه دون أن يشرك معه فيه بقية دائني المدين ، فهو ممتاز من هذه الناحية ، بعكس ما اذا اقتصر على طلب تنفيذ العقد ، فانه يصبح في هذه الحالة كبقية الدائنين ، ويشترك هؤلاء معه شركة غرماء . فدعوى الفسخ والمقاصة والحق في الحبس وحق الامتياز كل هذا تخدم غرضا عمليا واحدا .

(١) قضت محكمة النقض بأنه اذا كان الحكم المطعون فيه قد أجاب طرفي التعاقد الى ماطلباه من فسخ انعقد فانه لا يكون ثمة محل بعد ذلك للتحدث عن شروط انطباق أحكام المادة ١٥٧ من القانون المدني لان مجال اعمالها هو حالة الشرط الفاسخ الضمني ، أما في حالة الفسخ الاتفاقي فالعقد يفسخ ، حتما ، دون أن يكون للقاضي خيار بين الفسخ والتنفيذ . (نقض مدني في ٢١ نوفمبر سنة ١٩٧٤ - مجموعة أحكام النقض - السنة ٢٥ رقم ٢١٣ - ص ١٢٥٤) .

(٢) نقض مدني في ٢ يوليو سنة ١٩٦٩ - مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ رقم ١٧٢ ص ١١١٨ - مشار للحكم بمؤلف العميد الدكتور/ عبد الرزاق أحمد السنهاوري : الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام - المجلد الأول - العقد، ط/٣ - ص ٩٦٥ .

(★) وجدير بالذكر أن محكمة النقض قضت بأن شرط الفسخ الصريح وشرطه الضمني يختلفان طبيعة وحكما ، فالشرط الفاسخ الضمني لا يستوجب الفسخ حتما ، اذ هو خاضع لتقدير القاضي ، وللقاضي أن يمهل المدين حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه ، بل للمدين نفسه أن يتفادى الفسخ بعرض دينه كاملا قبل أن يصدر ضده حكم نهائي بالفسخ ، أما الشرط الفاسخ الصريح فهو فيما تقضي به المادة ٣٣٤ من القانون المدني القديم موجب للفسخ حتما فلا يملك منه القاضي الامهال ولا يستطيع المدين تفادى الفسخ بالوفاء بالالتزام أو عرضه بعد إقامة دعوى الفسخ عليه متى كان قد سبقها التنبيه الرسمي عند تحققه الى الوفاء ، بل قد يكون الفسخ الصريح موجبا للفسخ بلا حاجة الى تنبيه إذا كانت طبيعته صريحة في الدلالة على وقوع الفسخ بلا حاجة الى تنبيه أو إنذار .

(مشار إلى هذا الحكم بمؤلف الدكتور/ عبد الرزاق السنهاوري - نفس المرجع السابق - ص ٩٦٥) .

اعذار المدين قبل الفسخ والوضع بالنسبة لفوائد التأخير :

قضت الفقرة الأولى من المادة (١٥٧) بأن الدائن لكى يطالب بفسخ العقد ، يعذر المدين مطالبا أياه بالتنفيذ ، ولم يكن فى التقنين القديم نص على الاعذار ، ومع ذلك كانت بعض المحاكم تقضى بضرورته . على أن مجرد رفع الدعوى بالفسخ يعد اعذارا .

واعذار الدائن للمدين قبل المطالبة بالفسخ له أهمية عملية تظهر فى أمرين :

(١) يجعل القاضى أسرع استجابة لطلب الفسخ .

(٢) ويجعله أقرب الى الحكم على المدين بتعويض فوق الحكم بالفسخ .

ويلاحظ أنه لا ضرورة لاعذار المدين قبل المطالبة بالفسخ اذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه ، أو اذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بالفعل بأن كان التنفيذ قد فات ميعاده أو بأن كان الالتزام هو امتناع عن عمل شئ وعمله المدين (مادة ٢٠٠) .

الرأى فى الفقه وفى القضاء الإدارى وفى لائحة المناقصات والمزايدات .

★ يرى بعض فقهاء القانون الإدارى فى مصر أن نصوص القانون المدنى المتعلقة بالاعذار يجب اعمالها فى دائرة جزاءات العقود الادارية ، باعتبار أنها قواعد عامة . وطبقا لهذه النصوص يلزم اعذار المتعاقد قبل تطبيق الجزاء عليه ، وأنه لا ضرورة لهذا الاعذار عندما يقرر المتعاقد بأنه لا ينوى تنفيذ التزاماته أو عندما يصبح التنفيذ غير ممكن أو غير مجد بفعله ، أو بسبب الطابع العاجل للعمل المتفق عليه أو فى حالة الشئ . كما يجب أن تنقيد الادارة بتطبيق الجزاء ذاته المبين فى الاعذار دون غيره .

★ وقد أقرت محكمة القضاء الإدارى - فى بعض قضائها - مبدأ وجوب اعذار المتعاقد الآخر المتخلف عن تنفيذ التزاماته بالجزاء قبل توقيعه عليه ، مستهدية - فى ذلك - بالنصوص المدنية حيث جاء فى حكمها السابق الاشارة اليه مايلى :

« اذا كان العقد المبرم بين المدعى وبين مصلحة المبانى صريحا فى انتهاء الأعمال موضوع العقد خلال ستة أشهر من تاريخ الاذن للمدعى بالبدء فى هذه الأعمال ،

أى أنه التزام تحدد لتنفيذه أجل معين ، والأصل فيه أن تخلف أحد المتعاقدين فى التنفيذ على نحو يضار به الطرف الآخر لا ينشئ حقا فى التعويض الا باعذار الطرف المتخلف وفقا لأحكام المادة ١٢٠ من القانون المدنى الملقى والمادة ٢١٨ من القانون المدنى الجديد . اذ أن المسئولية العقدية الناشئة عن هذا التأخير يجب لاستحقاق التعويض عنها اعذار المدين ، كما يجب أن يتم هذا الاعذار فور التأخير وأن يتضمن تكليفا صريحا جازما بالتنفيذ .

★ هذا- ويتضمن لائحة المناقصات والمزايدات بعض النصوص التى تستلزم اعذار-المتعاقدين فى أحوال معينة ومثال ذلك نص المادة (٩٤) التى جاء ذكرها بالقانون السابق والتى تقرر سحب العمل من المقاول اذا أخل بأى شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ اخطاره كتابة بالقيام باجراء هذا الاصلاح .

★ وقد رسمت اللائحة الجديدة للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٢ وسيلة الاعذار بأن يكون بكتاب موصى عليه ويوجه للمتعاقدين على موطنه المبين فى العطاء طبقا لنص المادة (٨٢) والتى جاء بها مايلى :

« اذا أخل المقاول بأى شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ اخطاره بكتاب موصى عليه يعلم الوصول بالقيام باجراء هذا الاصلاح كان لرئيس الادارة المركزية أو المدير العام المختص وعلى مسئوليته الحق فى اتخاذ أحد الاجراءين التاليين وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة .

تطبيق من أحكام النقص المدنى بشأن الاعذار وفوائد التأخير :

★ « قضت محكمة النقص بأن الاعذار هو وضع المدين موضع المتأخر فى تنفيذ التزامه ، وقد بينت المادة (٢١٩) من القانون المدنى الاجراءات التى يتم بها الاعذار ، ومفادها أن الأصل فى الاعذار أن يكون بانذار المدين على يد محضر بالوفاء بالتزامه الذى تخلف عن تنفيذه ، ولا يتطلب القانون أن تتضمن الورقة فوق ذلك تهديد المدين بطلب فسخ العقد فى حالة عدم وفائه بالتزامه ، ذلك لأن الفسخ والتعويض كليهما جزاء يرتبه القانون على تخلف المدين عن

الوفاء بالتزامه فى العقود الملزمة للجانبين وليس بـ لازم أن ينبه المدين اليها قبل رفع الدعوى بطلب أيهما .

★ فلا يكفى الاعذار لاستحقاق فوائد التأخير ، بل يجب أن يطالب بها الدائن قضائيا ، كما لا يكفى لاستحقاقها أن يطالب الدائن بأصل الدين ، وتفرعاً على ذلك لا يبدأ سريان فوائد التأخير إذا كانت صحيفة دعوى المطالبة بها باطلة ، حيث تفقد صفة المطالبة القضائية ، وكذلك الحال إذا سقطت الخصومة أو تركت أو انقضت بالتقادم .

· على أن القاعدة المتقدمة لا تتعلق بالنظام العام ، ولذا يجوز الاتفاق على عكسها ، كما قد جرى العرف أو يقضى القانون بخلافها^(١) .

(١) نقض مدنى فى ٢٩ يناير سنة ١٩٧٦ - مجموعة أحكام النقض - السنة ٢٧ رقم ٧٤ ص ٢٤٣ .

الفصل الثانى

المنازعات الادارية المتعلقة بفسخ العقد ، ومدى حق الادارة فى

انهاء العقد ، ومدى حق المتعاقد فى التعويض

(أولا) : الفسخ باتفاق الطرفين أو التقابل «la résiliation Conventionnelle» :

قد تنتهى العقود الادارية نهاية مبتسرة اذا أتفق المتعاقد وجهة الادارة على اهاء العقد قبل نهايته الطبيعية ، ذلك أن الزام العقد الادارى انما يستند الى رضاء الطرفين ، وبالتالي فإنه يزول برضاها أيضا ، ولا صعوبة فى هذا المجال اذ تطبق الأحكام المدنية فى هذا الصدد .

ولابد لانهاء العقد بهذه الصورة من موافقة الجهة التى تملك ابرامه ، ويجب أن تظهر ارادتها واضحة ، ولكن لا يشترط أن تفرغ تلك الارادة فى صورة معينة ، وقد سلم مجلس الدولة الفرنسى بانهاء بعض العقود نتيجة تبادل خطابات بين الادارة والمتعاقد معها . وقد يكون الفسخ الاتفاقى مصحوبا بتعويض المتعاقد عما فاتته من تكملة تنفيذ العقد أو بلا تعويض وفقا لما يتفق عليه المتعاقدان ، فذلك مما يترك لحريرتهما المطلقة . وحالات هذا التقابل كثيرة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، وهى مجرد تطبيقات للقواعد العامة .



(ثانيا) : الفسخ بقوة القانون «De plein droit» :

ينقضى العقد بقوة القانون فى بعض الحالات متى تحققت شروط معينة منها :

(الشرط الأول) : هلاك محل العقد : «La disparation de L,objet du contrat» :

فاذا هلك محل العقد انقضى العقد بقوة القانون . وقد يكون هلاك المحل بسبب خارجى عن الطرفين ، كتدمير محطة القوى التى أبرم العقد لاستغلالها نتيجة للحرب ، وهنا ينقضى العقد دون أن يتحمل أى من الطرفين تعويضا بسبب هذا الانقضاء^(١) .

(١) يرى مجلس الدولة الفرنسى أن الفسخ بسبب الحرب هو أبعد أن يكون تعسفا ، بل يرتكز-

وقد يكون مرجع الهلاك الى عمل الادارة ، وحينئذ تكون على الحد الفاصل بين انتهاء العقد بقوة القانون ، وانتهائه بالطريق الإداري ، وهنا قد يصحبه إنهاء العقد ، تعريض المتعاقد عن هذه النهاية المبتسرة لعقده ، وذلك في حالة ما إذا ملك المحل نتيجة لاجراء عام ، فحينئذ لا يعوض المتعاقد الا اذا توافرت شروط نظرية عمل الأمير ، والتي درسناها فيما سلف .

(الشرط الثاني) : اذا تحققت شروط معينة منصوص عليها في العقد فمتى تحققت الشروط ينفسخ العقد بقوة القانون من تاريخ تحققها .

(الشرط الثالث) : اذا تحققت أسباب معينة منصوص عليها في القوانين أو اللوائح وهنا يتم انفساخ العقد من تاريخ تحقق الأمور المنصوص عليها في القوانين واللوائح . وأحيانا يصدر تشريع يقضى بانتهاء بعض أنواع العقود ، وذلك لأسباب معينة مثل انتهاء الحرب التي أبرمت تلك العقود لمواجهة . وفي جميع الحالات السابقة يتم النسخ بقوة القانون من تاريخ تحقق أسبابه .

(ثالثا) : الفسخ القضائي «La résiliation Juridictionnelle» :

والفسخ القضائي - كما يدل عليه اسمه - هو الذي يتعين أن ينطبق به القاضي بآء على طلب أحد الطرفين . وترد آثار هذا الفسخ الى تاريخ رفع الدعوى .

★ والأسباب التي من أجلها يحكم القضاء الإداري بالفسخ عديدة ، ولكن الفقهاء يردون تلك الأسباب الى ثلاث مجموعات^(١) .

أولا : الفسخ القضائي بسبب القوة القاهرة .

ثانيا : الفسخ القضائي كجزاء للاخلال بالالتزامات العقدية .

ثالثا : الفسخ كموازن لحق الادارة في التعديل

ونبين هذه الأسباب على النحو التالي :

(أولا) : حالة القوة القاهرة :

★ تؤدي القوة القاهرة بمعناها المعروف «La force majeure» الى اعفاء المتعاقد من التنفيذ ، وبالتالي فان الادارة في هذه الحالة لا تستطيع ارغامه على

- على سبب يتعلق بالمصلحة العامة ولذلك يمكن على سبيل الإستثناء في حالة فسخ العقد تعريض المتعاقد عن الضرر مع إستبعاد فكرة الكسب ، ونضرب مثلا لذلك بحالة غزو الألمان للمنطقة الجنوبية لفرنسا - راجع : (C.E 18 mai, 1949 Sic: Travux et, Construction, R.P 228) .

(١) مطول مودى لويانير : في العقود ، الجزء الثالث - ص ١٤٧ .

التنفيذ ، ولا أن توقع عليه عقوبات بقصد تحقيق هذه الغاية ، كما أنها لا تستطيع أن توقع عليه غرامات التأخير . ولكن ما أثر القوة القاهرة على العقد ؟

★ المسلم به فى القانون المدنى المصرى ، أن القوة القاهرة ، والسبب الأجنبى بصفة عامة ، يؤدى الى انفساخ العقد من تلقاء نفسه وفقا للمادة ٣٧٣ من القانون المدنى . وبهذا المعنى تعتبر القوة القاهرة من الأسباب القانونية لانفساخ العقد . فإذا التجأ المتعاقد الى القضاء للحصول على حكم بأن استحالة التنفيذ ترجع الى سبب أجنبى ، فإن الحكم فى هذه الحالة يقرر الفسخ ولا ينشئه^(١) .

(رابعاً) : الفسخ عن طريق الإدارة : «La résiliation de L,administration»
وأحكام القضاء الإدارى

إن حق الإدارة فى فسخ العقود الإدارية بقرارات تصدر منها هو من الخصائص البارزة التى تميز نظام العقود الإدارية عن النظام المقرر فى القانون الخاص . ولقد سلم مجلس الدولة المصرى فى أحكامه بهذا الحق للإدارة كقاعدة عامة ، تشكل جميع العقود الإدارية ، ودون حاجة الى نص ، بل لقد جعل من هذا الحق طابعاً مميزاً للعقود الإدارية فى معظم الأحكام ، ونكتفى بأن نورد على سبيل المثال حكماً من أحكام محكمة القضاء الإدارى ، وحكما آخر من أحكام المحكمة الإدارية العليا يؤيد ما نادى به محكمة القضاء الإدارى .

★ (أ) حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٢ حيث تقول :

«إن العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية فى أنها ... تستهدف مصلحة عامة لسير العمل فى مرفق عام ، وأن كفتى المتعاقدين فيها غير متكافئة ، إذ يجب أن يراعى فيها دائماً وقبل كل شىء تغليب الصالح العام على مصلحة الأفراد ... ويترتب على ذلك أن للشخص المعنوى الحق فى مراقبة تنفيذ العقد ، وفى تغيير شروطه بالاضافة والحذف والتعديل ، وفى إنهائه فى أى وقت طالما أن المصلحة العامة المنشودة منه تستلزم ذلك »

(١) الوسيط : للسهورى : المرجع السابق - الجزء الأول - ص ٧٢٤ - ٧٢٥ .

★ (ب) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٢٠ أبريل سنة ١٩٥٧ (س ٢ ص ٩٣٧) حيث تؤكد أن : العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره ، وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة .. ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود ، وأن لها دائما حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما يتراءى لها أنه أكثر اتفاقا مع الصالح العام .. كما يترتب عليها كذلك أن للإدارة دائما سلطة إنهاء العقد ، فإذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام ، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويضات إن كان لها وجه . على خلاف الأصل في العقود المدنية، وبتطبيق هذا المبدأ على القضية المعروضة واستطردت قائلة :... فإذا ثبت أن البوية المتعاقد عليها مع أحد أسلحة الجيش أصبحت غير صالحة للغرض المتعاقد من أجله عليها بسبب تغيير صنف الجلد المستعمل لأحذية الجنود ، فللإدارة أن تتدخل من تعاقدتها ، وتعمل سلطتها العامة في إنهاء العقد مع تعويض المتعاقد عما أصابه من ضرر ...

(خامسا) : أساس حق الإدارة في إنهاء العقود قبل الأوان ، مع تعويض المتعاقد في حالة إنهاء العقد لدواعي الصالح العام :

إن أساس حق الإدارة في إنهاء العقود قبل الأوان ، هو ذات الأساس الذي شرحناه عند دراسة حق الإدارة في تغيير بعض شروط العقد . ولهذا فإن الأحكام التي نذكرها بخصوص حق التعديل والتي سوف نذكرها تصدق في هذا المجال ، باعتبار أن الإنهاء ينصب على الشرط الخاص بمدة العقد ، فيتعين أن تجد ظروف تستدعي هذا الإنهاء ، وأن يكون رائد الإدارة في الالتجاء إليه تحقيق الصالح العام . ومن ثم فإن للإدارة أن تنهى العقود الإدارية إذا أصبحت غير ذات فائدة للمرفق العام ، أو أضحت لا تحقق المصلحة العامة المقصودة ، ولقد قنمت لنا المحكمة الإدارية العليا مثالين هامين في الحكمين اللذين أشرنا إليهما ، حيث غير الجيش نوع الجلد الذي تصنع منه الأحذية ، وبالتالي غدت البوية التي تعاقد الجيش على توريدها غير ذات فائدة . ومن ثم لم تكن المصلحة تقتضي أن تواصل الإدارة تنفيذ عقد التوريد ، وتسلم باقي الصنف التي تعاقدت على توريدها ، وفي حكم آخر تبين للإدارة أن المباسق التي تعاقدت وزارة الصحة على توريدها ، لا تفي بالغرض المطلوب من أجله .

ولما كان حق التعديل يتناول جميع العقود الادارية ، فان سلطة الانتهاء تمتد الى جميع العقود الادارية أيضا ، بشرط تحقيق الأساس الذى تقوم عليه . ولهذا فان تشكك بعض الفقهاء فى وجود قاعدة عامة بهذا الخصوص لا محل له . ولا يؤيده قضاء مجلس الدولة الفرنسى ولا المصرى وأن كان ثمة بعض العقود التى يكون من العسير تحقيق شروط التعديل فيها . فحق التعديل بما فيه سلطة الانتهاء - لا يمكن أستعماله الا لتحقيق صالح المرفق والعقود المالية بطبيعتها لا تمس المرافق العامة بطريق مباشر ، وبالتالي لا يجوز انتهاؤها قبل الأوان . ومثال ذلك عقد القرض العام ، فانهاء مثل هذا العقد لا بد وأن يستهدف تحقيق مصالح مالية للإدارة لا مصالح عامة .

(ساسا) : حق الإدارة فى انتهاء العقود الادارية ليس سلطة مطلقة ولكنها سلطة تقديرية تستهدف تحقيق الصالح العام :

وللاحاطة بمدى حق الإدارة فى انتهاء العقود الادارية يتعين مراعاة الأحكام التالية :

(أولا) : أن حق الإدارة فى انتهاء العقود الادارية ليس سلطة مطلقة ، تلجأ اليها الإدارة كيفما أرادت ولكنها سلطة تقديرية ، يجب أن تستهدف تحقيق المصلحة العامة على النحو الذى أوضحته الأحكام الادارية التى حكم بها سواء فى فرنسا أو فى مصر . ومن الأسباب التى تبرر اللجوء الى تلك السلطة من قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، زوال الفرض الذى من أجله تعاقدت الإدارة .

★ ومن أوضح الأمثلة على ذلك وقف القتال ، الذى يؤدى الى تخويل الإدارة حق إنهاء عقود التوريد المتعلقة بالمجهود الحربى . ولقد التزم مجلس الدولة الفرنسى هذا المسلك عقب الحربين العالميتين الأولى والثانية .

من تلك الأسباب أيضا إلغاء المرفق العام ، أو تعديل نظامه على نحو يؤدى الى الاستغناء عن العقود المتعلقة . ومثال ذلك إلغاء عقود التطوع لإلغاء الوظائف الخاصة بالمتطوعين نتيجة لإعادة تنظيم المرفق العام ، أو إلغاء عقد الامتياز نظرا لتحويل طريقة الإدارة من الامتياز الى طريقة الإدارة المباشرة ... الخ .

(ثانيا) : أن الإدارة حين تستعمل تلك السلطة ، انما تستعملها تحت رقابة القضاء ، وللقاضى الإدارى بناء على طلب المتعاقد أن يتحرى الأسباب الحقيقية التى دفعت الإدارة الى انتهاء العقد ، ويصبح القرار الصادر بالانتهاء غير مشروع ،

إذا قام الإنهاء على سبب غير سليم ، أو إذا استهدفت الإدارة مصلحة غير المصلحة العامة ... الخ .

(ثالثاً) : ولكن سلطة القاضي محدودة في هذه الحالة ، فهي مقصورة على التحقق من جدية السبب الذي استهدفته الإدارة ، ولكنه لا يملك التصدي لبحث مدى ملاءمة إنهاء العقد للسبب الذي قام عليه الإنهاء . وهكذا تختلف رقابة القضاء في هذا المجال عنها في حالة رقابة فسخ العقد كجزاء لخطأ المتعاقد : ففي الحالة الأخيرة ، للقاضي أن يبحث مدى ملاءمة الفسخ كعقوبة للخطأ المنسوب إلى المتعاقد .

★ ويلاحظ أن القرار الصادر بإنهاء العقد الإداري ليس من اللازم أن يكون مسبباً . ولكن هذا المبدأ طرأ عليه بعض التغيير في فرنسا بعد صدور قانون ١١ يوليو سنة ١٩٧٩ (والذي نفذ من ١١ يناير سنة ١٩٨٠) ويوجب في مادته الأولى تسبب جميع القرارات الفرعية التي تلحق ضرراً بالمواطنين . ولا مقابل بهذا القانون في مصر حتى الآن .

★ ومن جانبنا ترى ضرورة تسبب القرار حتى يتمكن القضاء من بسط رقابة المشروعية على أسباب الإنهاء .

(سابعاً) : حالة ثبوت أن إنهاء العقد لا يقوم على سبب مشروع :

إذا ثبت للقضاء الإداري أن القرار الصادر بإنهاء العقد لا يقوم على سبب مشروع ، فإنه يملك إلغاء القرار ، كقاعدة عامة ، فيما عدا ما يتعلق بعقود الأشغال العامة ، فلقد رأينا أن مجلس الدولة الفرنسي يرفض إلغاء القرارات الصادرة من الإدارة بخصوصها ، استناداً إلى أن الإدارة هي صاحبة الأشغال وأن لها مطلق حرية التصرف بخصوصها ، وبالتالي فإن حق مقاول الأشغال العامة يتحول إلى تعويض .

(ثامناً) : تعويض المتعاقد مع الإدارة في حالة إنهاء العقد لدواعي الصالح العام :

نعرض فيما يلي حكم المحكمة الإدارية العليا - وفتوى الجمعية العمومية للنقس الاستشاري بمجلس الدولة .

(أولاً) : أكدت المحكمة الإدارية العليا ذلك حيث تقول في حكمها الصادر في ٢ مارس سنة ١٩٦٨ مايلي :

نجد أن إدارة المشتريات بمصلحة المخازن بوزارة الصحة قد طلبت توريد عدد كبير من المباشق الزجاجية ، فتقدم أحد الأفراد بعطاء على أساس توريد الكمية المطلوبة وفقا لعينة تقدم بها هو ، وقد قررت لجنة البت قبول العطاء على أساس عينة قسم الصدر التي لم يستدل عليها . ولما طرح النزاع أمام القضاء ، قررت المحكمة الإدارية العليا - بعد فحص ظروف الحال - أن أحكام المائتين ١٢٠ و ١٢١ من القانون المدني الخاصتين بتحديد الغلط لا تنطبق أحكامهما في هذه الحالة لأن : تحديد الجهة الإدارية المتعاقدة للصنف المطلوب على هذا النحو لا يعد من قبيل الغلط لتلاقى الارائتين على العينة التي كانت محل اعتبار عند التعاقد ...، وأن السبب الحقيقي لرفض الإدارة تسلم المباشق هو عدم الحاجة للمباشق الموردة بعد أن تمسكت مصلحة الأمراض الصدرية بأنها لاتصلح مبصقة في وحداتها ، وأنه ليس لها وجه للانتفاع بها . وعقبت المحكمة الإدارية العليا على ذلك بإيراد المبدأ الذي سبق ذكره من أنه إذا كان من حق الإدارة إنهاء العقد لنوع الصالح العام ، فإن المتعاقد لم يخطئ ، وبالتالي يتعين تعويضه ، وقالت أنه طبقا لهذه القواعد ، فإنه يحق للجهة الإدارية أن تتحلى من تعاقد المائل بعد ما تحقق لها أن الأصناف الموردة والتي تم التعاقد عليها لا تفي بالغرض المطلوب من أجله ، ويعتبر العقد بذلك كأن لم يكن ، وتعود الحال الى أصلها قبل التعاقد ، فتقوم الجهة الإدارية بتسليم المدعى الأصناف التي قام بتوريدها ، والتأمينات التي دفعها ، ومالي ذلك ، على أن يرد هو بدوره للجهة الإدارية ما يكون قد حصل عليه منها تنفيذ هذا العقد .

ولما كان المتعاقد لم يخطئ كما ذكرنا ، فإن المحكمة الإدارية العليا قررت تعويضه ، ولكنها في حساب مبلغ التعويض قدرت أن المتعاقد يمكن أن يفيد من طرح الأصناف للبيع في السوق ببطء ، فمئحته مبلغ ٤٠٠ جنيه ، وكان المبلغ المطلوب - والذي قضت به محكمة القضاء الإداري - ١٧٠١ جنيها .



تلك هي الأسباب العامة التي تؤدي الى نهاية العقود الإدارية سواء أكانت تلك النهاية طبيعية ، أو مبتسرة ولكن المشرع قد يصدر في بعض الأحيان تشريعات خاصة لتنظيم كيفية فسخ بعض العقود في حالات خاصة ، لاسيما فيما يتعلق بظروف انتهاء الحرب والتي أشرنا إليها . وفي هذه الحالات يكتفى القضاء الإداري بتطبيق تلك النصوص التشريعية ، سواء فيما يتعلق بكيفية الانتهاء أو تقدير التعويض .

الفصل الثالث

الحالة الخاصة بشروط فسخ عقد الامتياز

نعرض فيما يلي بعض القواعد التي استقر عليها كل من مجلس الدولة الفرنسى والمصرى فى هذا الشأن :

(أولاً) : شروط فسخ عقد الامتياز :

يجب أن يرتكب الملتزم خطأ بالغ الجسامة لا تجدى فى مواجهته وسائل الضغط التى تتمتع بها الادارة . والى هذا المعنى أشارت محكمة القضاء الادارى المصرية فى حكمها الصادر فى ٣ مارس سنة ١٩٥٧ حيث تقول :

« اذا كان سحب الالتزام يعتبر جزاء شديدا لما يترتب عليه من نتائج خطيرة ، فإن التجاء الادارة اليه لا يكون الا فى أحوال المخالفات الجسيمة أو عندما يتكرر الاهمال الفاحش من جانب الملتزم أو يعجز عن تسيير المرفق العام وأداء الخدمات المطلوبة ... » .

كما أن الجمعية العمومية للقسم الاستشارى تؤكد ذات المعنى فى فتاها الصادرة فى فبراير سنة ١٩٥٨ حيث تقول :

« ان اسقاط الامتياز ماهو الا جزاء توقعه السلطة مانحة الالتزام على الملتزم نتيجة لأخطاء جسيمة اقترفها فى ادارته للمرفق بحيث يصبح من المتعذر الاطمئنان الى استمراره فى ادارة المرفق وتسييره » .

(ثانياً) : اعدار الملتزم قبل الفسخ :

يجب على الادارة قبل توقيع جزاء الفسخ ، أن تعذر الملتزم ، وغالبا ما تنص وثائق الالتزام على هذا الشرط ، ولكن مجلس الدولة الفرنسى يجعل منه شرطا أساسيا للقضاء بالفسخ ، حتى ولو خلا العقد من النص عليه ، بحيث لا تتحرر الادارة منه الا بناء على شرط صريح فى العقد أو اذا ثبت من ظروف الحال أن الاعذار لا فائدة منه ، كما لو أعلن الملتزم نفسه عجزه التام عن ادارة المرفق .

(ثالثا) : يتعين أن يحكم القاضي بالفسخ :

يتعين أن يحكم القاضي بالفسخ ، وهذه الخصيصة ينفرد بها عقد الامتياز ، على خلاف القاعدة العامة والتي تقضى بحق الادارة فى توقيع الجزاءات بنفسها دون حاجة للالتجاء الى القضاء .

ولكن للادارة أن تسترد حقها فى هذا الصدد عن طريق شرط صريح يرد فى عقد الامتياز ، وفى هذه الحالة يكون من حق القاضي أن يحكم بإلغاء قرار الفسخ (أو الاسقاط) الصادر من الادارة بطريقة غير سليمة وبالتعويض عنه اذا ترتب على القرار أضرارا .

★ فتوى القسم الاستشارى بمجلس الدولة فى شأن عقوبة الفسخ أو بمعنى آخر (الاسقاط) :

جاء بالفتوى مايلى :

«ان للادارة قبل أن تلجأ الى عقوبة الاسقاط ، أن تتخذ من الاجراءات الوقتية ما يكفل استمرار سير المرفق وذلك لحساب الملتزم وتحت مسؤوليته ، فان استطاع الملتزم أثناء المدة التى تستمر فيها هذه الاجراءات الوقتية اثبات قدرته على اعادة تسيير المرفق كان بها ، وإلا حق للادارة اسقاط الالتزام لأنها حق الملتزم فى الاستغلال ثم عرض المرفق وادارته فى المزايدة تمهيدا لمنح حق الاستغلال الى ملتزم جديد» (١) .

ثم انتهى القسم الاستشارى الى تفصيل فتواه على النحو التالى :

(١) أن الحكومة اذا شامت أن تقرر اسقاط التزام منح لشركة ادارة مرفقا عاما ، ومصادرة التأمين المدفوع منها ، فيكون ذلك بقرار من مجلس الوزراء ، وذلك دون حاجة الى اصدار سابق .

(٢) بعد أن يتقرر اسقاط الالتزام تعلن الحكومة عن مزايدة عامة لبيع المرفق ومعداته وادارته وفقا لأحكام عقد الالتزام تمهيدا لاختيار ملتزم جديد ، وتشمل المزايدة حق استغلال المرفق فى ذاته .

(١) فتوى القسم الصادرة فى ٢٨ يناير سنة ١٩٥٣ .

(٣) اذا رأت الحكومة بعد الاسقاط أن المصلحة العامة تقتضى استمرار سير المرفق أثناء المدة التى تستغرقها اجراءات المزايدة ، فتكون ادارة المرفق فى هذه الحالة بمعرفتها وعلى حسابها وتحت مسئوليتها لحين اتمام المزايدة ، ولها أن تستخدم لهذا الغرض جميع موجودات المرفق. .

★ الحالات المتعلقة بالفسخ فى العقود الادارية الأخرى :

نص كل من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ، ولائحته التنفيذية على حالات كثيرة يحق للادارة فيها أن تفسخ العقد بمجرد قرار يصدر منها بذلك ، وسبق لنا الإشارة اليها ، كما يمكن الرجوع فى شأنها الى القانون رقم ٩ ولائحته التنفيذية ، وذلك منعاً من التكرار .

أثر الفسخ :

نصت المادة (١٦٠) من التقنين المدنى الجديد على ما يأتى :

«اذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فاذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض .»

تقادم دعوى الفسخ : ودعوى الفسخ ليست لها مدة خاصة تتقادم بها ، فتقادمها اذن يكون بخمس عشرة سنة من وقت ثبوت الحق بالفسخ ، ويكون ذلك عادة عند الاعذار ، طبقاً للقواعد العامة فى التقادم المسقط ، وهذا بخلاف دعوى الابطال ، فقد رأينا أنها تتقادم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حسب الأحوال .

تعليق :

تنص المادة (٣٧٤) مدنى على ما يلى :

«يتقادم الإلتزام بإنقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التى ورد عنها نص خاص فى القانون وفيما عدا الاستثناءات التالية» .

★ والمقصود بالاستثناءات التالية هى الواردة بالمواد ٣٧٥ ، ٣٧٦ ، ٣٧٧ .

★ وترى أن هذه النصوص لاتخل بالنصوص الواردة فى القوانين الخاصة ، وذلك إستناداً إلى ما جاء بالفقرة الثالثة من المادة (٣٧٧) والتى نصت على ما يلى :

ولا تـخل الأحكام السابقة بأحكام النصوص الواردة في القوانين الخاصة .

★ ولذلك فإن النصوص الخاصة هي الواجبة التطبيق وجدير بالإحاطة أنه لايجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين - كما يجوز التمسك بالتقادم فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف .



الباب الثاني عشر

تطبيقات قضائية من أحكام القضاء الإداري في شأن الفسخ والتعويض ، وحالات شطب اسم المتعهد ، وإخلال الإدارة بالتزاماتها قبل التعاقد معها

الباب الحادى عشر

تطبيقات قضائية من أحكام القضاء الادارى فى شأن الفسخ والتعويض وحالات شطب اسم المتعهد ، واخلال الادارة بالتزاماتها قبل التعاقد معها

الفصل الأول

جواز الجمع بين مصادرة التأمين ، والمطالبة بالتعويضات فى حالة الفسخ ، مشروط بالألا يحظر العقد صراحة هذا الجمع ، وأن يكون الضرر مجاوزا قيمة التأمين المصادر . والدفع بعدم التنفيذ والتعويض فى حالة الفسخ وحالة الخطأ المشترك

المبحث الأول

الجمع فى حالة فسخ العقد الادارى بين مصادرة التأمين واستحقاق التعويض مشروط بعدم وجود نص يحظره ، وبأن يكون الضرر مازال موجودا حتى بعد مصادرة التأمين

القاعدة الأولى :

شروط التعويض فى حالة فسخ العقد :

ان فسخ العقد - أيا كان هذا العقد - يخضع لقاعدة قانونية عامة تقضى بأن للدائن الذى أجيب الى فسخ العقد أن يرجع بالتعويض عما أصابه من ضرر ، على المدين اذا كان عدم قيام هذا المدين بتنفيذ التزامه راجعا الى خطئه لاهمال أو تعدد ، وترتب على هذا الخطأ ضرر . وهذه القاعدة بحكم عموميتها تطبق فى حالة فسخ العقد الادارى ، كما تطبق فى حالة فسخ العقد المدنى على حد سواء ، ومن ثم فان هذا التعويض الذى مرده الى القواعد القانونية العامة مستقل

فى سببه كما أنه مختلف فى طبيعته ووجهته ، وغايته ، عن شرط مصادرة التأمين الذى هو أحد الجزاءات المالية ، التى جرى العرف الإدارى على اشتراطها فى العقد الإدارى . والتى مردها الى ما يتميز به هذا العقد المدنى من طابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذى يستهدف العقد تسييره ، وتغليب وجه المصلحة العامة فى شأنه على مصلحة الأفراد الخاصة . وهذا الطابع المميز هو الذى يترتب عليه تمتع الإدارة فى العقد الإدارى بسلطات متعددة منها سلطة توقيع الجزاءات المالية ومن بينها مصادرة التأمين ، ومادام السبب فى كل من مصادرة التأمين من جهة ، والتعويض من جهة أخرى مستقلا ، فى الطبيعة ، والوجهة والغاية ، فى كل منهما متباينة ، فلا تثريب أن اجتمع فى حالة فسخ العقد الإدارى ، مع مصادرة التأمين استحقاق التعويض أيضا ، اذ لا يعتبر الجمع بينهما ازدواجا للتعويض محظورا ، حتى ولو لم ينص العقد الإدارى على استحقاق التعويض ، لأن استحقاقه كما سلف البيان إنما هو تطبيق للقواعد العامة . وقد جاءت المادة (١٠٥) من القرار رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧ بإصدار لائحة المناقصات والمزايدات - الوقائع المصرية ٣ من مارس سنة ١٩٥٨ - العدد ١٩ (المعدلة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٢) - مؤكدة لهذا الأصل العام ، وغنى عن البيان أن الجمع بين مصادرة التأمين ، والتعويض رهين بالآ يحظر العقد الإدارى صراحة هذا الجمع ، وأن يكون الضرر لا يزال موجودا بعد مصادرة التأمين بمعنى أن يكون قدر الضرر أكبر من مبلغ هذا التأمين ، فإذا كانت مصادرة التأمين قد جبرت الضرر كله ، فلا محل إذن للتعويض ، تطبيقا للقواعد العامة مالم يتفق على خلاف ذلك وغير خاف أن هذه التحفظات التى ترد على المبدأ العام المشار اليه توجب النظر الى كل حالة على حدة بحسب الشروط التى إبرمت فيها والأوضاع التى أحاطت بها ، وتدعوا الى التزام الحذر فى تعميم حكم حالة بذاتها على سائر الحالات الأخرى التى قد تبدو فى ظاهرها متماثلة . وحاصل ما تقدم أن الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض ليس محظورا ، وأن هذا الجمع مشروط بعدم وجود نص ينادى بعدمه وبأن يبقى قائما بعض الضرر حتى بعد مصادرة التأمين أما اذا كانت المصادرة قد غطت الضرر كله فلا محل إذن للتعويض مالم يكن قد أتفق على غير ذلك فى بنود العقد الإدارى^(١) .

(١) المحكمة الإدارية العليا : ١١٨ - ٨ (١٩٥٦/١١/٢٧) ٥١/٧/١١ .

القاعدة الثانية :

جواز الجمع بين مصادرة التأمين والمطالبة بالتعويضات في حالة الفسخ -
شرط ذلك ألا يحظر العقد صراحة هذا الجمع وأن يكون الضرر مجاوزا قيمة
التأمين المصادر :

وجاء بالحكم مايلي :

ان فسخ العقد أيا كان هذا العقد - يخضع لقاعدة قانونية عامة مؤداها أن للدائن
في حالة فسخ العقد أن يرجع بالتعويض عما أصابه من ضرر على المدين اذا كان
عدم قيام هذا المدين بتنفيذ التزاماته راجعا الى خطئه ، وترتب على هذا الخطأ ضرر
للدائن . وهذه القاعدة بحكم عموميتها تطبق في حالة فسخ العقد الاداري كما تطبق
في حالة فسخ العقد المدني على حد سواء . ومن ثم فان هذا التعويض - الذي مرده
الى القواعد العامة مختلفة في طبيعته وغياته عن شرط مصادرة التأمين ، وهو أحد
الجزاءات المالية التي جرى العرف الاداري على اشتراطها في العقد الاداري والتي
مرددها الى ما يتميز به العقد الاداري عن العقد المدني من طابع خاص مناطه
احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة في
شأنه ، وهذا الطابع الخاص هو الذي يترتب عليه تمتع الادارة في العقد الاداري
بسلطات متعددة منها سلطة توقيع الجزاءات المالية ومنها مصادرة التأمين ، ومادامت
طبيعة كل من مصادرة التأمين والتعويض مختلفة فلا تترتب أن اجتمع في حالة فسخ
العقد الاداري مع مصادرة التأمين استحقاق التعويض ، اذ لا يعتبر الجمع بينهما
ازدواجا للتعويض محظورا حتى ولو لم ينص في العقد الاداري على استحقاق
التعويض ، لأن استحقاقه كما سلف البيان انما هو تطبيق للقواعد العامة على أن الجمع
بين مصادرة التأمين والتعويض رهين بألا يحظر العقد الاداري صراحة هذا الجمع ،
وأن يكون الضرر مجاوزا قيمة التأمين المصادر ، أما اذا كانت مصادرة التأمين قد
جبرت الضرر كله فلا محل للتعويض مالم يتفق على غير ذلك^(١) .

القاعدة الثالثة :

عدم النص على حق الجهة الادارية في التعويض ، علاوة على مصادرة
التأمين ، عما يلحقها من ضرر بسبب عدم قيام المتعهد بتنفيذ التزامه ، يؤدي
في حالة فسخ العقد الى حظر الجمع بين التعويض ومصادرة التأمين :

(١) المحكمة الادارية العليا : ٩٠١٩ - ٩ (١٩٦٦/١٢/١٠) ٣٥٥/٣٦/١٢ .

وجاء بالحكم مايلي :

ان شروط العقد موضوع النزاع وان لم يرد فيه نص على حق الجامعة في التعويض ، علاوة على مصادرة التأمين عما يلحقها من ضرر بسبب عدم قيام المتعهد بتنفيذ التزامه ، الا أن مجرد عدم النص على ذلك لا يؤدي في حالة فسخ العقد الى حظر الجمع بين التعويض ومصادرة التأمين ، ذلك أن فسخ العقد يخضع لقاعدة قانونية عامة تقضى بأن للدائن الذي أجيب الى فسخ العقد أن يرجع بالتعويض عما أصابه من ضرر على المدين اذا كان عدم قيام هذا المدين بتنفيذ التزامه راجعا الى خطئه نتيجة إهمال أو تعدد من جانبه ، وكان قد ترتب على هذا الخطأ ضرر . ومن ثم فإن هذا التعويض الذي مرده الى القواعد القانونية العامة مستقل في سببه كما أنه مختلف في طبيعته ووجهته وغايته عن شرط مصادرة التأمين الذي هو أحد الجزاءات المالية التي جرى العرف الإداري على اشتراطها مستقلا عن الآخر ، والطبيعة والوجهة والغاية في كل منها متباينة ، فلا تثريب أن اجتمع في حالة فسخ العقد مع مصادرة التأمين استحقاق التعويض ، اذ لا يعتبر الجمع بينهما ازدواجا للتعويض ، حتى ولو لم ينص في العقد الإداري على استحقاق التعويض لأن استحقاقه كما سلف البيان انما هو تطبيق للقواعد العامة^(١) .

القاعدة الرابعة :

لائحة اجراءات الشراء والبيع الخاصة بالهيئة العامة لشئون السكك الحديدية لا تحرم الجمع بين مصادرة التأمين واقتضاء تعويض يتمثل في الفرق بين السعر الذي رسا به المزااد وبين السعر الذي سيرسو به المزااد عند طرح الصفقة في المزااد للمرة الثانية - هذا الجمع جائز في حالة الفسخ :

وجاء بالحكم مايلي :

أن المستفاد من نص المادة ٢٠٦ من لائحة اجراءات الشراء والبيع الخاصة بالهيئة أنه اذا تأخر من رسا عليه المزااد في دفع باقى الثمن خلال أسبوع من رسو المزااد يصادر التأمين المدفوع وتطرح الصفقة في المزااد ثانية .

وترى المحكمة أن هذا النص لا يحرم الهيئة من الجمع بين مصادرة التأمين

(١) المحكمة الادارية العليا : ١٠٨ - ١١ (١٩٦٩/٦/٢١) ١٤/١٠٩/٨٢٦ .

واقضاء تعويض يتمثل في الفرق بين السعر الذي رسا به المزار وبين السعر الذي يرسو به عند طرح الصفقة في المزاد ثانية ، وهذا الجمع جائز في حالة فسخ العقد لأنه يمثل التعويض عن الأضرار التي تعرضت لها الهيئة نتيجة اخلال المطعون ضده بتنفيذ التزاماته قبل الهيئة كما أن اقتضاء رسوم أرضية عن المهمات التي تراخى المطعون ضده في استلامها هو صورة من صور التعويض عن الأضرار التي تعرضت لها الهيئة نتيجة شغل مساحات من الأراضي المملوكة للهيئة لمدة جاوزت المدة المنصوص عليها في العقد الأمر الذي يوجب تعويض الهيئة عنه بغير حاجة الى نص صريح تقررها في مثل هذه الحالة وحسب اللائحة أنها قررت بنص صريح وجوب اقتضاء هذه الرسوم في حالة تخلف المشتري الذي ادى الثمن عن استلامها في الموعد المحدد اذ أنها واجبة التطبيق من باب أولى في حالة المشتري الذي لم يؤد الثمن إطلاقا كما هو الحال بالنسبة الى المطعون ضده والا كان المشتري الذي لم يؤد الثمن إطلاقا أحسن حالا ممن قام بأدائه ورسوم الأرضية في هذه الحالة وهي حالة فسخ العقد تمثل التعويض عن شغل الأرضية بغير حق نتيجة اخلال المتعاقد بتنفيذ التزامه في العقد الاداري ومادام السبب في كل من مصادرة التأمين والتعويض اضطر الهيئة الى فسخ العقد واعادة طرح الصفقة في المزاد ثانية .

ومن حيث أن فسخ العقد - أيا كان هذا العقد - يخضع لقاعدة قانونية عامة تقضى بأن للدائن الذي أجيب الى فسخ العقد أن يرجع بالتعويض عما أصابه من ضرر على المدين اذا كان عدم قيام هذا المدين بتنفيذ التزامه راجعا الى خطئه لاهمال أو تعدد ، وترتب على هذا الخطأ التعويض الذي مرده الى القاعدة القانونية العامة مستقل في سببه كما هو أحد الجزاءات المالية ، التي جرى العرف الاداري على اشتراطها في العقد الاداري ، والتي مردها الى ما يتميز به هذا العقد عن العقد المدني من طابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة في شأنه على مصلحة الأفراد الخاصة ، وهاذ الطابع المعين هو الذي يترتب على تمتع الادارة في العقد بسلطات متعددة منها سلطة توقيع الجزاءات المالية ومن بينها مصادرة التأمين . ومادام السبب في كل من مصادرة التأمين من جهة والتعويض من جهة أخرى مستقلا ، والطبيعة ، والوجه والغاية في كل منهما متباينة ، فلا تريب أن إجتمعت حالة فسخ العقد الاداري ، مع مصادرة التأمين استحقاق التعويض أيضا . وإذا لا يعتبر الجمع بينهما ازدواجا للتعويض محظورا ، حتى ولو

لم ينص العقد الإداري على استحقاق التعويض ، لأن استحقاقه كما سلف البيان إنما هو تطبيق للقواعد العامة .

وغنى عن البيان أن الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض رهن بألا يحظر العقد الإداري صراحة هذا الجمع وأن يكون الضرر لا يزال موجودا بعد مصادرة التأمين بمعنى أن يكون قدر الضرر أكبر من مبلغ هذا التأمين ، فإذا كانت مصادرة التأمين قد جبرت الضرر كله ، فلا محل إذن للتعويض تطبيقا للقواعد العامة ما لم يتفق على خلاف ذلك^(١) .

القاعدة الخامسة :

إذا أخل المتعاقد مع جهة الإدارة بأي شرط من شروط العقد ثلاث مرات خلال ثلاثين يوما بحق لها فسخ العقد ومصادرة التأمين اعمالا لشروط العقد ولا يمنع من ممارسة هذا الحق سبق توقيع بعض الجزاءات المنصوص عليها في العقد إذ أن طبيعة حق هذه الجهة في فسخ العقد ومصادرة التأمين تقتضي بالضرورة سبق اخلال المتعاقد مع الإدارة بشروط العقد :

وجاء بالحكم مايلي :

انه يتضح من نصوص العقد على النحو السالف أن اخلال المتعاقد مع جهة الإدارة بأي شرط من شروط العقد ثلاث مرات خلال ثلاثين يوما ، يخول وكيل الوزارة الحق في فسخ العقد ومصادرة التأمين لجانِب الحكومة ، ومن شروط العقد التي نوهت بها الفقرة (٢) من البند ٤٩ المشار اليه التزام المتعاقد مع جهة الإدارة بتوريد الاصناف المطلوبة مطابقة للمواصفات المتفق عليها ، والتزامه بتوريدها بالوزن والعدد المطلوب في المواعيد المحددة بهذا التوريد . وعلى ذلك فاذا أخل المتعاقد مع جهة الإدارة بأي شرط من هذه الشروط أو غيرها ثلاث مرات خلال ثلاثين يوما حق لوكيل الوزارة فسخ العقد ومصادرة التأمين اعمالا لشروط العقد ولا يمنع من ممارسة هذا الحق سبق توقيع الجزاءات المنصوص عليها في الفقرة (٣) من البند ٤٩ المشار اليه ، هذه الجزاءات المترتبة على الشراء من الغير على حساب المتعاقد مع الجهة الإدارية عند اخلاله بشروط التوريد وهي تحميل المتعاقد بفروق الثمن والمصاريف

(١) المحكمة الإدارية العليا : ١٠٠١ - ١٣ (١٩٧٠/١٢/١٩) ٧٨/١٢/١٦ .

الادارية والغرامات وما اليها ، لا يمتنع ذلك لأن طبيعة حق وكيل الوزارة في فسخ العقد ومصادرة التأمين تقتضى بالضرورة سبق اخلال المتعاقد مع الادارة بشروط العقد عدداً معيناً من المرات في امد معين ، ولا يسوغ أن تقف الادارة حيال هذا الاخلال المتكرر لشروط العقد ، وأثناء تنفيذه موقفاً سلبياً فلا تقوم بشراء الاصناف المطلوبة على حساب المقصر وما يستتبع ذلك بحكم اللزوم من توقيع الجزاءات المترتبة عليه ، انتظاراً لتوافر الشروط المبررة لفسخ العقد ومصادرة التأمين ، لا يسوغ ذلك لأنه فضلاً عن مخالفته لنصوص العقد ، فإنه من شأنه التضحية بالمصلحة العامة التي تتطلب وجوب السير في تنفيذ العقد الادارى دون توقف ، ومنعا لأى لبس فى هذا الصدد أكد العقد فى الفقرة (٣) من البند ٤٩ سالف الذكر أن توقيع الجزاءات المشار اليه لا تخل بحق الوزارة فى الغاء العقد بالكيفية والنتائج المنصوص عليها فى الفقرة (٢) المذكورة آنفاً^(١)

المبحث الثانى

الدفع بعدم التنفيذ ، والتعويض المستحق فى حالة الفسخ
وفى حالة الخطأ المشترك

القاعدة الأولى :

الأصل أن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز أن يتمسك به المتعاقد مع الادارة فى العقود الادارية ، وذلك ضماناً لحسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد . الا أنه يجوز للطرفين عند التعاقد أن يخرجاً على هذا الأصل . وفى هذه الحالة يجوز للمتعاقد مع الادارة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ وبالتالي لا يحق للادارة أن توقع عليه غرامات تأخير مادامت قد تراخت فى تنفيذ التزاماتها مما أعجزه عن تنفيذ التزامه قبلها^(٢) .

القاعدة الثانية :

أسباب الدفع بعدم التنفيذ كأصل عام أمر غير جائز فى العقود الادارية لما تتميز به

(١) المحكمة الادارية العليا : ٥٢٣ - ١١ (١٩٧١/١/٩) ١٣٠/٢٠/١٦ .

(٢) المحكمة الادارية العليا : ٧٦ - ١١ (١٩٧١/١٢/١٨) ٩٧/١٧/١٧ .

من خصائص ولا اتصالها بالمرفق العام الذى يجب أن يسير بانتظام واطراد نتيجة ذلك : لا يجوز للمتعاقد مع جهة الادارة أن يوقف سير المرفق لأى سبب حتى ولو كان الخطأ أو التقصير من جهة الادارة فى تنفيذ التزام من التزاماتها التعاقدية :

وجاء بالحكم مايلى :

ومن حيث أن الثابت أن مجلس مدينة الاقصر قد وقع هو الآخر فى خطأ كان له شأن فى زيادة الضرر المطالب بالتعويض عنه ويتمثل هذا الخطأ فى تراخيه فى اتخاذ الاجراءات المنصوص عليها فى العقد فى الوقت المناسب ضمانا لحسن سير المرفق بانتظام واضطراد بعد أن أفصح المتعاقد فى اخطاراته المتعاقبة فى ١٠ ابريل سنة ١٩٦٥ ، ٢٠ ابريل سنة ١٩٦٥ ، ٨ من مايو سنة ١٩٦٥ سالفه الذكر عن عدم رغبته فى التمسك بالعقد واعتباره مفسوخا وظل المجلس ساكنا منذ اخطاره المتعاقد بفتح البوفية فى ٣٠ من مايو سنة ١٩٦٥ حتى طالبه فى ٢٣ من أكتوبر سنة ١٩٦٥ أى بعد قرابة خمسة أشهر بسداد الجعل من مايو سنة ١٩٦٥ حتى آخر أكتوبر سنة ١٩٦٥ ثم أصدر قراره فى ٢٢ من نوفمبر سنة ١٩٦٥ بفسخ العقد ومصادرة التأمين والمطالبة بالمتأخرات وأخطر المتعاقد معه بهذا القرار فى ٢٨ من نوفمبر سنة ١٩٦٥ وطالبه بسداد مبلغ ٥٠٠ ر ٨٠ جنيها قيمة الايجار عن المدة من مايو سنة ١٩٦٥ حتى آخر نوفمبر سنة ١٩٦٥ وعاد وطالبه بمبلغ ١٠٣ ر ١٠ جنيها قيمة المستحقات المعقولة بها من مايو سنة ١٩٦٥ الى آخر يناير سنة ١٩٦٦ - وقد كان يتعين على مجلس المدينة أن يعمل على توقي هذه الأضرار المادية فضلا عن توقف نشاط المقصف لو بذل جهدا معقولا فى اتخاذ اجراءات فسخ العقد واعادة طرح مزاد المقصف فى الوقت المناسب ، أما وقد تراخى فى اتخاذ هذه الاجراءات فترة استطالت الى أكثر من سبعة أشهر فى حين أن مدة العقد سنة واحدة ، فانه يكون قد ارتكب خطأ يتعين أن يتحمل تبعته .

ومن حيث أنه لما كان الأمر كذلك وكانت جهة الادارة قد ساهمت فيما ترتب من ضرر بأن تقاعست عن اتخاذ الاجراء اللازم فى الوقت المناسب والذى تقدره المحكمة بثلاثة أشهر تكفى لأن تتخذه فيه جهة الادارة ما تشاء من اجراءات تضمن استمرار استغلال المقصف وبذلك يكون المتعاقد معها ملتزما بسداد الجعل المستحق عن ثلاثة أشهر تنفيذا لنصوص عقد استغلاله وما يقدر بمبلغ ٣٤ ر ٥٠ جنيها .

ومن حيث أن المتعاقد مع مجلس المدينة المذكورة قد حرم من استغلال المقصف نتيجة لغلقة في ٨ من ابريل سنة ١٩٦٥ تنفيذاً لحكم جنائي لا بد له فيه وكان قد سدد الجعل كاملاً عن شهر ابريل خصم هذا المبلغ من الجعل المستحق عليه عن الثلاثة أشهر المذكورة وبالتالي يكون صافي المبلغ المستحق للجهة الادارية قبله هو ٢٥٧٠٠ جنيهاً بالإضافة الى مبلغ التأمين المصادر وقدره ٢٧٠٠٠ جنيهاً على ماسلف بيانه .

ومن حيث أنه لم يثبت في الاوراق أن المتعاقد مع مجلس المدينة المذكور ظل شاغلاً المقصف بمنقولاته حتى نهاية مدة العقد في آخر يناير سنة ١٩٦٦ أو أنه استلم المقصف من الشرطة في ٢٤ من مايو سنة ١٩٦٥ اذ كل ما ثبت في محضر فتح المقصف أنه تم فض الاختتام تنفيذاً لقرار النيابة العامة ولم ينكر في هذا المحضر وجود المتعاقد أو أحد تابعيه أثناء تنفيذ هذا القرار ، فضلاً عن ذلك قد سجل المدعى عليه بكتبه الموجهة الى مجلس المدينة أنه رفع يده عن المقصف من تاريخ غلقه وطلب من المجلس استلام الأشياء التي سبق تسليمها اليه ، وبذلك يكون ما يزعمه مجلس المدينة من بقاء المتعاقد معه شاغلاً للمقصف بمنقولاته حتى آخر يناير سنة ١٩٦٦ على غير أساس سليم من الواقع ..

ومن حيث أن المادة ٢٢٦ من القانون المعنى تنص على أنه اذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به ، كان ملزماً بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها أن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها وهذا كله مالم ينص القانون على غيره - ولما كان المطعون ضده قد تأخر في الوفاء بمقابل ايجار البوفيه سالف الإشارة اليه وكان هذا المبلغ معين المقدار فمن ثم تستحق عليه الفوائد القانونية بواقع ٤٪ سنوياً من تاريخ المطالبة القضائية .

ومن حيث أنه لكل ما تقدم يكون الحكم المطعون فيه اذ قضى برفض الدعوى والزام الجهة الادارية بالمصاريف قد جاء مخالفاً للقانون فيتعين الحكم بالغائه والقضاء بالزام المدعى عليه بأن يدفع لمجلس مدينة الأقصر مبلغ ٢٥٧٠٠ جنيهاً فقط خمسة وعشرين جنيهاً وسبع مائة مليم لا غير والفوائد القانونية بواقع ٤٪ سنوياً عن هذا

المبلغ من تاريخ المطالبة القضائية الحاصلة في ٧ من نوفمبر سنة ١٩٦٧ حتى تمام الوفاء ونصف مصروفات كل من الدعوى والطعن^(١) .

القاعدة الثالثة :

لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يفسخ العقد المبرم معها بقرار منه إذا ما وجدت مبررات الفسخ بل يتعين عليه أن يلجأ الى القضاء للحصول على حكم منه بذلك - أساس ذلك أن فسخ العقد الإداري كأصل عام أمر تترخص فيه جهة الإدارة ضمانا لحسن سير المرفق العام وليس للمتعاقد معها الا حق المطالبة بالتعويض أن كان له مقتض :
وجاء بحكم المحكمة الادارية العليا مايلى :

ومن حيث أن فسخ العقد الإداري كأصل عام أمر تترخص فيه جهة الإدارة وحدها ضمانا لحسن سير المرفق العام وليس للمتعاقد معها الا حق المطالبة بالتعويض أن كان له مقتض وينبنى على ذلك أنه ليس للمتعاقد مع الإدارة أن يفسخ العقد المبرم معها بقرار منه إذا ما وجدت مبررات الفسخ ، بل يتعين عليه أن يلجأ الى القضاء للحصول على حكم منه بذلك ، كما أن الدفع بعدم التنفيذ كأصل عام أيضا غير جائز في العقود الادارية لما تتميز به من خصائص ولاتصالها بالمرافق العامة التي يجب أن تسير بانتظام واطراد ومن ثم فلا يجوز للمتعاقد مع جهة الإدارة أن يوقف سير المرفق لأي سبب حتى ولو كان خطأ أو تقصير من جانب الإدارة في تنفيذ الزام من التزاماتها التعاقدية . وعلى ذلك فان امتناع المطعون ضده عن تنفيذ عقد استغلال المقصف المذكور دون ثمة ما يبرر ذلك واطاراه مجلس مدينة الأقصر باعتبار العقد مفسوخا بانقضاء سبعة أيام على تاريخ اخطاره في ١٠ من ابريل سنة ١٩٦٥ واصراره على ذلك في الكتب الموجهة الى مجلس المدينة في ٢٠ من ابريل سنة ١٩٦٥ وأول مايو سنة ١٩٦٥ ، ٨ من مايو سنة ١٩٦٥ ، ٣٠ من أكتوبر سنة ١٩٦٥ يعد اخلالا منه بتنفيذ أحكام العقد يستوجب تدخل جهة الإدارة لتعمل شروطه التي تقضى باعتباره منتهيا ومصادرة التأمين المودع دون حاجة الى اثبات الضرر ودون مساس بحقها في الرجوع على المتعاقد معها بالتعويض عن الأضرار التي قد تلحقها نتيجة الاخلال بشروط العقد^(٢) .

(١) المحكمة الادارية العليا : ١٠٢٧ - ١٥ (١٩٧٨/١/٢٨) ٥٢/٢٣ .

(٢) المحكمة الادارية العليا : ١٠٢٧ - ١٥ (١٩٧٨/١/٢٨) ٥٢/٢٣ .

القاعدة الرابعة :

إذا كان الضرر الذى لحق بالمتعاقد مع الإدارة أساسه الخطأ المشترك الذى وقع من الإدارة والمتعاقد - فللقاضى أن يقدر نصيب كلا من المسؤولين عن الخطأ فى التعويض :

وجاء بالحكم مايلى :

أنه متى تقرر بطلان العقد بطلانا مطلقا على الوجه المتقدم فإن المؤسسة يصيبها كأثر حتمى لتقرير البطلان ضرر يتمثل فى قيمة الأنوات التى قامت بتصنيعها والتى تبين أنها غير قابلة للتعامل وليس من سبيل الى استردادها لمخالفتها لاحكام مرسوم الأوعية .

ومتى كان الضرر الذى أصاب المؤسسة جاء نتيجة خطأ كل من الإدارة والمؤسسة معا فالغرض أن المؤسسة عليمه بأحكام مرسوم الأوعية علمها بالقانون الذى لا يعذر أحد بالجهل به ، وكان من المتعين عليها والحالة هذه أن تثبت من مطابقة ما تضعه لأحكامه ، ويتمثل خطأ الإدارة فى كونها طرحت المناقصة على أساس عينة نمونجية مخالفة لاحكام مرسوم الأوعية مع ما يتوافر لديها من الامكانيات الفنية التى لها الوقوف على حقيقة المواد الداخلة فى تركيبها . وإذا كان الخطأ مشتركا كان للقاضى أن يقدر نصيب كل من المسؤولين عن الخطأ فى التعويض وفقا لاحكام المادتين ١٦٩ ، ٢١٦ من القانون المبنى فان المحكمة تقدر التعويض المستحق للمؤسسة فى نعمة الإدارة - بمراعاة مدى جسامة الخطأ الذى ارتكبه كل منهما^(١) .

تعليق على الحكم :

إن المادة (١٦٩) من القانون المبنى تنص على أنه «إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى إلزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوى ، إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم بالتعويض الذى يراه اقاضى مناسبا ،

ونحن نرى أن هذا النص هو الواجب التطبيق دون نص المادة (٢١٦) ، والتى تنص على مايلى : «يجوز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض - أو ألا يحكم بتعويض ما إذا كان الدائن بخطئة قد اشترك فى إحداث الضرر أو زاد فيه .

(١) المحكمة الادارية العليا : ١٣٠٣ - ٨ (١٩٦٦/١٢/٣١) ٤٩٤/٤٨/١١ .

وصحبتنا في ذلك أن أن نطاق الطعن يتمثل في الضرر الذي لحق بالمتعاقد مع الإدارة أساسه الخطأ المشترك - بينما نجد المادة (٢١٦)، تتناول حالة إنقاص مقدار التعويض أو عدم الحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه .

والغرض في الطعن أن الخطأ الذي لحق بالمتعاقد مع الإدارة هو خطأ مشترك ولا زيادة فيه - ولهذا نرى أنه كان على الحكم أن يكتفى بالإستناد إلى المادة (١٦٩)، ولا حاجة به إلى الإستناد إلى المادة (٢١٦) .

الفصل الثانى

أسباب شطب اسم المتعهد من قائمة المتعاملين مع الإدارة

نعرض القواعد التالية فى أسباب شطب اسم المتعهد ، ويمكن أن تتمثل فى وقوع الغش أو التلاعب والرشوة أو الشروع فيها ، ويقتضى ذلك ثبوت علم المتعهد بهذه المخالفات ومحاولة ايجاد الثغرات للتحلل من التزامه ابتغاء الحصول على منفعة غير مشروعة ، وكذلك الخداع من جانب المورد وعدم التزامه الجدة .

القاعدة الأولى :

وقوع الغش أو التلاعب أو الرشوة أو الشروع فيها من أحد المتعاملين يلزم الجهة المتعاقدة معه بشطب اسمه لهذا السبب - وجوب احترام وزارة الخزانة لهذا القرار ونشره - الدعاوى التى تقام طعنا على هذه القرارات - يتعين توجيهها الى الجهات التى أصدرتها - وزارة الخزانة ليست خصصا أصيلا فى هذه الدعاوى :

وجاء بالحكم مايلى :

ان قرار شطب اسم المطعون عليه قد صدر استنادا الى البند ٢٨ من شروط التعاقد معه الذى ردد حكم المادة ٨ من لائحة المناقصات والمزايدات (المعلقة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣) وتنص هذه المادة على أن (يفسخ العقد ويصادر التأمين النهائى وذلك بعد أخذ رأى مجلس الدولة ودون اخلال بحق المصلحة فى المطالبة بالتعويضات وذلك فى الحالات الآتية :

(أ) اذا استعمل المتعهد الغش أو التلاعب فى معاملته مع المصلحة أو السلاح وحينئذ يشطب اسمه من بين المتعهدين وتخطر وزارة الخزانة بذلك لنشر قرار الشطب ، ولا يسمح له بالدخول فى مناقصات حكومية هذا علاوة على ابلاغ أمره للنيابة عند الاقتضاء .

(ب) اذا ثبت أن المتعهد أو المقاول شرع بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر فى رشوة أحد موظفى الحكومة أو مستخدميها أو عمالها أو التواطؤ

معه أضرارا بالسلاح أو بالمصلحة أو بالوزارة علاوة على شطب اسمه من بين المتعهدين وخطر وزارة الخزانة بذلك لنشر قرار الشطب مع اتخاذ الاجراءات القضائية ضده .

ووفقا لحكم هذه المادة ليس لوزارة الخزانة أية سلطة تقديرية فى نشر قرار شطب الاسم أو عدم نشره فمتى ثبت وقوع الغش أو التلاعب أو الرشوة أو الشروع فيها من أحد المتعاقدين وقررت الجهة الادارية المتعاقدة شطب اسمه لهذا السبب تعين على وزارة الخزانة احترام هذا القرار ونشره - أما المادة ٨٧ مكررا من اللائحة التى تستند اليها الوزارة والتى ردد حكمها البند التاسع والعشرون من شروط التعاقد مع المطعون عليه فمجال تطبيقها يختلف عن مجال تطبيق المادة ٨٥ سالفه الذكر ، وذلك أنها تقضى بأن (تخطر وزارة الخزانة بالقرارات التى تصدرها الوزارات والمصالح بوقف التعامل أو استبعاد أحد المتعهدين أو المقاولين لأسباب تتعلق بحسن سمعته لنشرها على وزارات الحكومة ومصالحها أن وجدت مبررا لذلك) وواضح أن حكم هذه المادة لا ينطبق على قرارات شطب الاسم التى يحكمها نص المادة ٨٥ سالفه الذكر ، بل ينطبق على ما تتخذه الجهات الادارية بمالها من سلطة تنظيم اعمال واجراءات المناقصات العامة من قرارات تحرم بها بعض الأشخاص غير المرغوب فيهم من التعامل معها أو من التقدم فى المناقصات التى تعلن عنها بسبب عدم توافر شرط حسن السمعة فيهم متوخية بذلك الصالح العام الذى يقضى ألا يفرض على جهات الإدارة التعامل مع من لم تعد لها ثقة به فإذا هى استبعدت اسمه من قائمة المتعاملين معها لأسباب غير الغش والتلاعب والرشوة كان لوزارة الخزانة سلطة تقديرية فى الجزاء ونشر قرار الاستبعاد أو عدم نشره اذا قدرت أن الأسباب التى قام عليها لاتبرر تعميم هذا الاستبعاد ويبين مما تقدم أن دور وزارة الخزانة بالنسبة الى القرارات التى تصدر من الجهات الادارية المتعاقدة بشطب أسماء الموردين أو المقاولين فى حالة ثبوت وقوع التلاعب أو الغش أو الرشوة يقتصر وفقا لحكم المادة ٨٥ من لائحة المناقصات والمزايدات على نشر هذه القرارات دون أن يكون لها أية سلطة تقديرية فى هذا الشأن وينبنى على ذلك أنها لاتعتبر خصما أصيلا فى الدعاوى التى تقام طعنا على مثل هذه القرارات والتى يتعين توجيهها الى الجهات التى أصدرتها^(١) .

(١) المحكمة الادارية العليا : ١٠٧١ - ٩ (١٩٦٦/١/٢٩) ٣٥١/٤٤/١١ .

القاعدة الثانية :

المادة ٨٥ من لائحة المناقصات والمزايدات (المعدلة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣) - وقوع غش أو تلاعب من المتعهد أثره : حق الإدارة في فسخ العقد وشطب اسم المتعهد - أحكام المادة المذكورة لا تخل بحق الإدارة في شطب اسم المتعهد في حالة عدم فسخ العقد :

وجاء بالحكم مايلي :

ان نص المادة ٨٥ من لائحة المناقصات والمزايدات (المعدلة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣) لا يحرم الإدارة من حقها في شطب اسم المتعهد الذي يستعمل الغش أو التلاعب في حالة ما اذا لم تر فسخ العقد وقبلت الاصناف المخالفة ، ذلك أنه ورد - كما تنطق عباراته - إلزام الإدارة بشطب اسم ذلك المتعهد في حالة فسخ العقد . أما اذا لم ترد الإدارة فسخ العقد فإنه يبقى لها دائما حقها في استبعاد من لا يتمتع بحسن السمعة من قائمة عملائها وذلك الحق الأصيل الذي لم يخل به نص المادة ٨٥ سالف الذكر فيجوز لها بمقتضى هذا الحق أن تشطب اسم المتعهد اذا ثبت استعماله الغش أو التلاعب حتى ولو لم يفسخ العقد لهذا السبب بمعنى أن شطب اسم المتعهد بسبب استعمال الغش والتلاعب اذا كان واجبا في حالة فسخ العقد فإنه جائز أيضا اذا لم يفسخ العقد باعتبار أن استعمال الغش أو التلاعب دال بذاته على عدم تمتع المتعهد بحسن السمعة^(١) .

القاعدة الثالثة :

مجرد مخالفة المواصفات المتفق عليها - لا يشكل غشا أو تلاعبا يدعو الى شطب اسم المتعهد - الغش يقتضى ثبوت علم المتعهد بهذه المخالفة بما ينطوي عليه هذا العلم من الخداع من جانبه - التلاعب الذي يجاوز الاهمال ولا يرقى الى مرتبة الغش يفترض اتيان المتعهد اعمالا تتم عن عدم التزامه الجادة في تنفيذ التزاماته ومحاويلته ايجاد الثغرات للتحلل منها ابتغاء الحصول على منفعة غير مشروعة :

وجاء بالحكم مايلي :

ان مجرد مخالفة المواصفات المتفق عليها لا يشكل غشا أو تلاعبا يدعو الى شطب

(١) المحكمة الادارية العليا : ٩٢٩ - ٩ (١٩٦٧/٦/١٧) ١٢/١٣١/١٩٩٢ .

اسم المتعهد من قائمة المتعاملين مع الادارة اذ يلزم حتى ترقى مخالفة المواصفات الى مرتبة الغش أن يثبت علم المتعهد بهذه المخالفة بما ينطوى عليه هذا العلم من الخداع من جانب المدعى في حقيقة الشيء المسلم من حيث نوعه أو طبيعته أو صفاته الجوهرية التي جرى التعاقد عليها . ففي هذه الحالة يتوافر سوء القصد الدال على استعمال الغش المبرر للشطب ، كذلك فان مجرد مخالفة المواصفات في الكمية القليلة التي قام المدعى بتسليمها الى العمال في محله وفي الظروف التي تم فيها هذا التسليم لا يعد تلاعبا . ذلك أن التلاعب هو الذي يجاوز الاهمال ولا يرقى الى مرتبة الغش ، والذي يتعذر حصر مختلف أساليبه وشتى صوره ، يفترض اتيان المتعهد اعمالا تتم عن عدم التزام المتعهد الجادة في تنفيذ التزاماته ومحاويلته ايجاد الثغرات للتدخل منها ابتغاء الحصول على منفعة غير مشروعة على حساب المصلحة العامة التي يستهدفها العقد الإداري^(١) .

القاعدة الرابعة :

مجرد مخالفة المواصفات - أن صح ذلك - لا يشكل غشا أو تلاعبا يدعو الى شطب اسم المورد من قائمة المتعاملين مع الادارة - أساس ذلك أنه يلزم حتى ترقى مخالفة المواصفات الى مرتبة الغش أن يثبت علم المتعهد بهذه المخالفة بما ينطوى عليه هذا العلم من خداع من جانب المورد في حقيقة الشيء المسلم من حيث نوعه أو صفاته الجوهرية التي يرى التعاقد عليها أو أن يأتي المتعهد اعمالا تتم عن عدم التزام الجادة في تنفيذ التزاماته ابتغاء الحصول على منفعة غير مشروعة على حساب المصلحة العامة - في هذه الحالات يتوافر سوء القصد الدال على استعمال الغش أو التلاعب المبرر لعدم التعامل مع المورد :

وجاء بالحكم مايلي :

انه عن السبب الثاني من أسباب الطعن . فالثابت من الأوراق أن المركز القومي للبحوث أعلن في ١٦ من يونيو سنة ١٩٦٩ عن فتح باب القيد في سجل الموردين في موعد غايته ٣٠ من يولييه لسنة ١٩٦٩ لتوريد بعض المهمات ، وقد تقدم المدعى بطلبين في ١٩ من يونيو سنة ١٩٦٩ لقيد اسم الشركة التي يمثلها في السجل المذكور ، الا أن المركز رفض طلبه وذلك بكتاب مراقب الشؤون المالية المؤرخ ٣ من أغسطس سنة ١٩٦٩ ، وقد أفصحت الجهة الادارية في منكراتها عن أسباب

(١) المحكمة الادارية العليا: ٩٢٩ - ٩ (١٧/٦/١٩٦٧) ١٢/١٣١/١١٩٢ .

قرارها المشار اليه وحاصلها أن المدعى سبق أن قام بتوريد حضانتين وتبين من فحصهما أن وحدة التبريد بهما مستعملتان ومجددتان واحداهما لا تعطى درجة التبريد المطلوبة ، كما تبين عدم صلاحية بعض الاجهزة التي كان يقوم المدعى بتوريدها وارتفاع أسعارها ، ولجوء المدعى أحيانا الى طرق مريبة لسحب أصناف سبق توريدها قبل اتخاذ اجراءات فحصها عندما تكشف للجهة طالبة التوريد عدم صلاحية تلك الاصناف . وكل ذلك بجانب ضخامة قيمة العمليات التي أسندت الى المدعى والتي بلغت خلال الفترة من ١٢ من أغسطس سنة ١٩٦٠ حتى ٢٣ من مارس سنة ١٩٦٦ مبلغ ٢٤٧٤٥ جنيه رغم ما تكشف من عدم سلامة اجراءات الشراء وبطريقة تدعو الى الشك فى غالبية الموضوعات التي تناولها التحقيق والتي انتهت الى وجوب التحرز فى المعاملة مع المدعى .

ومن حيث أن الجهة الادارية وقد أفصحت عن أسباب قرارها ، فإن هذه الأسباب تخضع لرقابة القضاء الادارى للتحقق من مدى مطابقتها أو عدم مطابقتها للقانون ، وأثر ذلك فى النتيجة التي انتهى اليها القرار وهذه الرقابة القانونية تجد حدها فى التحقق مما اذا كانت هذه النتيجة مستخلصة استخلاصا سليما من أصول تنتجها ماديا وقانونيا ، فاذا كانت منتزعة من غير أصول موجودة أو كان تكييف الوقائع - على فرض وجودها ماديا - لا ينتج النتيجة التي يتطلبها القانون ، كان القرار فاقدا لركن السبب ومخالفا للقانون .

ومن حيث أنه يبين من الاطلاع على قضية النيابة الادارية رقم ١ لسنة ١٩٦٨ ، أن المركز القومى للبحوث تعاقد مع المدعى على توريد حضانتين الى وحدة الحداثة البيولوجية طراز لوتس ٧٠١ (صناعة محلية) وعلى أن تكون الحضانة مستعدة لاعطاء درجة حرارة من ٥ م الى ٦٠ م ومزودة بموصلتين أوتوماتيكتين صناعة ألمانيا الغربية بمبلغ ٣٢٠ جنيه للحضانة الواحدة . واذا ورد المدعى الحضانتين المشار اليهما شكلت لجنة لفحصهما فقررت أن وحدة التبريد فى كل من الحضانتين قديمة ورأت تكليف المورد باستبدال وحدتى التبريد بوحدين جديدين أو يقبل خصم ٥٠ جنيه من قيمة كل حضانة . ولما لم يقبل المدعى ما انتهت اليه اللجنة ، أصدر مدير عام ادارة المرافق والصيانة بالمركز قرارا بتشكيل لجنة أخرى لاعادة فحص الجهازين وقد انتهت هذه اللجنة الى أن نوع الاصناف الموردة مطابق من جميع الوجوه لما هو مطلوب وأوصت بقبول الحضانتين ، وقد تم تسليمهما الى

المخازن وسداد الثمن للمدعى ، ونظرا لاعتراض أحد أعضاء اللجنة الاولى على ما انتهت اليه اللجنة الثانية ، تم تشكيل لجنة ثالثة لاعادة الفحص وانتهت هذه اللجنة الى أن وحدة التبريد فى كل من الحضانتين مستعملة ومجددة وليست جديدة ، وأن احدى الحضانتين لا تعطى درجة التبريد المطلوبة . ويبدو واضحا مما تقدم أن المواصفات التى تم على أساسها التوريد لم تتطلب صراحة أن تكون وحدة التبريد فى كل حضانة جديدة ، ولم ينكر المدعى فى أى مرحلة من مراحل التوريد أن وحدة التبريد بكل الحضانتين جديدة ، ولذلك اختلفت لجان الفحص فقد رأت احدى هذه اللجان مطابقة الحضانتين للمواصفات على أساس عدم النص على وجوب أن تكون وحدة التبريد جديدة بينما رأت اللجنتان الأخيرتان ، أن الحضانتين غير مطابقتين للمواصفات استنادا الى أن المفروض أن تكون وحدات جديدة وليست مجددة .

ومن حيث أنه أيا كان رأى فيما انتهت اليه كل من اللجان المشار اليها ، فإن مجرد مخالفة المواصفات - أن صح ذلك - لا يشكل غشا أو تلاعبا يدعو الى شطب اسم المدعى من قائمة المتعاملين مع الادارة ، اذ يلزم حتى ترقى مخالفة المواصفات الى مرتبة الغش أن يثبت علم المتعهد بهذه المخالفة بما ينطوى عليه هذا العلم من خداع من جانب المورد فى حقيقة الشئ المسلم من حيث نوعه أو صفاته الجوهرية التى جرى التعاقد عليها ، أو يأتى المتعهد اعمالا تتم عن عدم التزام الجادة فى تنفيذ التزاماته ابتغاء الحصول على منفعة غير مشروعة على حساب المصلحة العامة ، وفى هذه الحالات يتوافر سوء القصد الدال على استعمال الغش ، أو التلاعب المبرر لعدم التعامل مع المورد ، كذلك فإن باقى الاسباب التى نكرتها الجهة الادارية تبريرا لرفض طلبى المدعى ، قد جاءت مجهلة وعامة غير محددة لوقائع معينة ، وهى على هذا النحو لاتصلح سببا للقرار المطعون اذ لا يمكن أن يستخلص منها أن المدعى دأب على الغش فى معاملاته مما يفقده حسن السمعة الواجب توافرها فيمن تتعاقد معه الادارة ، ومن ثم يكون القرار المطعون فيه غير قائم على سبب يبرره ومخالفا للقانون ، واذا ذهب الحكم المطعون فيه غير هذا المذهب يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وتأويله ويتعين الحكم بالغائه والقضاء بالغاء القرار المطعون فيه والزام الجهة الادارية المصروفات^(١) .

(١) المحكمة الادارية العليا : ٦٧٧ - ١٩ (١٩٧٦/٦/٢٦) ٢٢٨/٨٣/٢١ .

الفصل الثالث

اخلال الادارة بالتزاماتها قبل التعاقد وأثر ذلك

القاعدة الأولى :

عدم قيام جهة الادارة بتنفيذ التزامها بتسليم التعاقد معها موقع العمل مما ترتب عليه وقف العملية مدة طويلة تجاوز المعقول ، يعد اخلافا جسيما من جانب الادارة بواجباتها - فسخ العقد واستحقاق التعاقد مع الادارة تعويضا عما أصابه من أضرار :

وجاء بالحكم مايلي :

متى كان الثابت أنه قد حيل بين التعاقد والبدء في تنفيذ العملية بسبب تعرض رجال الاصلاح له : الأمر الذي ترتب عليه وقف تنفيذ هذه العملية لمدة جاوزت السنة بعد صدور أمر التشغيل دون أن تقوم الهيئة المتعاقدة بتنفيذ التزامها بتسليم الطاعن مواقع العمل وتمكنه من البدء في التنفيذ ، فمن ثم فإنه اذا لوحظ أن المدة التي حددت لتنفيذ العملية هي شهران فقط ، فان عدم قيام الهيئة المذكورة بتسليم مواقع العمل الى الطاعن طيلة عام بأكمله مما يحق معه القول بأنها قد أخلت اخلافا جسيما بواجبها نحو الطاعن بعدم تمكينه من العمل ، وأنها تأخرت في تنفيذ التزامها هذا مدة كبيرة تجاوز القدر المعقول مما يقوم سببا مبررا لفسخ العقد المبرم بينهما وتعويض الطاعن عما أصابه من أضرار بسبب ذلك^(١) .

القاعدة الثانية :

تعاقد الجهة الادارية على بيع سلعة مع من رضى عليه المزاد - عدم مطابقة السلعة للمواصفات وحظر السلطات الصحية المختصة تصريفها للاستهلاك الأسمى يعد مخالفة الجهة الادارية لمسئوليتها العقدية - لايجز لها درءا لمسئوليتها التعلل بأن المشتري كان بمقدوره اكتشاف العيب

(١) المحكمة الادارية العليا : ٨٦٢ - ٩ (١٩٦٧/٦/٣) ١٢٣/١٢٢/١٢ .

★ ونحن نرى أن لهذا الحكم أهمية كبيرة في الحياة العملية ، وفي التطبيق ، حيث وجدنا أن دائرة العقود والتعويضات بمجلس الدولة، تعرض عليها الكثير من منازعات العقود الإدارية التي يدور محورها حول تقاعس جهة الإدارة عن تسليم موقع العمل لمقاولي الأشغال العامة مخالفة بذلك التزاماتها التعاقدية .

قبل الاقدام على المزاو بذل عناية الرجل المعتاد بكل ما توجهه من أسباب الحرص ،
لاتزعزع قدر الثقة وأسباب الاطمئنان التي توحى بها مقتضيات التعامل مع جهة
الادارة والتي تنتزه عن مثل هذا الانحراف بمقتضيات التعاقد ومقاصده - تعويض :

وجاء بالحكم مايلي :

ومن حيث أن الثابت أن الجهة الادارية باعت المدعى ٦٠ طن فول سودانى حبة
حمراء عصير ممتاز و ٩٠ طن فول سودانى حبة حمراء عصير عادة ، وماكان يتأتى
أن يتمخض هذا البيع عن فولا فاسدا تحظر السلطات الصحية المختصة تصريفه
للاستهلاك الآدمى ويهبط ثمنه اذا ما بيع - لأغراض أخرى - بعد أن رفض المدعى
استلامه الى نحو نصف الثمن الذى كان قد بيع به ومثل تلك المخالفة اذ قارفتها الجهة
الادارية وتردى فيها تابعوها موجب لمسئوليتها العقدية التي لا فكاك منها يدرأها عنها
التعلل بأن المشتري كان بمقدوره بعناية الرجل المعتاد بكل ما توجهه من أسباب
الحرص لا تزعزع قدر الثقة وأسباب الاطمئنان التي توحى بها مقتضيات التعامل
مع جهة الادارة والتي تنتزه عن مثل هذا الانحراف بمقتضيات التعاقد ومقاصده ..
ولا ريب أن هذه المخالفة العقدية الثابتة فى حق الجهة الادارية تملى تعويض المدعى
عما أصابه من الأضرار بسببها - دون اخلال بحقه الثابت فى استرداد ما قدمه من
تأمين نهائى - ومن ثم فقد أصاب الحكم الطعين فيما قضى به من تعويض شامل
للمدعى عما فاتته من كسب ولحقه من الأضرار ولا تثريب على تقدير المحكمة لهذا
التعويض بمبلغ ٢٥٠٠ جنيه بمراعاة ما أثبتته الخبر المنتدب من ارتفاع أسعار الفول
السودانى بوجه عام وما كان يحققه المدعى من المكسب من جرائها بعد استئزال
تكاليف التجارة عادة من مصروفات لا غنى عن تحملها ، وعلى أن يغطى مبلغ
التعويض كامل الأضرار التي لحقت بالمدعى من جراء الصفقة بمافى ذلك ما أصابه
من ضرر متحقق بسبب كميات الفول التي تسلمها مغايرة لشروط البيع^(١) .

القاعدة الثالثة :

لايسوغ للمتعاقد مع الادارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق العام
بحجة أن ثمة اجراءات ادارية قد أدت إلى اخلال الادارة بأحد التزاماتها قبله - يتعين
عليه أن يستمر فى التنفيذ ثم يطالب جهة الادارة بالتعويض أن كان لذلك مقتضى :

(١) المحكمة الادارية العليا ٩١٥ - ٢٣ (١٩٧٩/٤/٢٨) ١٠٦/٢٤ .

(١) الاستلام المؤقت :

٢٠ وهو الذى يتم عقب انتهاء المقاول للأعمال المتفق عليها مباشرة . والأصل فيه أن يتم فى حضور المقاول أو مندوبيه . وقد نظم ذلك ، الأمر المادة ٨٥ من لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة (والتي تقابل المادة ٩٧ من اللائحة الملغاة) . فبعد أن ألزمت المقاول بأن يخلى الموقع من جميع المواد والأثرية والبقايا وأن يمهدده . والا قامت الادارة بذلك على حسابه ، قالت : ... ويخطر (المقاول) عندئذ بالموعد الذى حدد لاجراء المعاينة . ويحرر محضر التسليم المؤقت بعد اتمام المعاينة ، ويوقعه كل من المقاول أو مندوبه الموكل بذلك بتوكيل مصدق عليه ومندوبى جهة الادارة الذين يخطر المقاول بأسمائهم . ويكون هذا المحضر من ثلاث نسخ تسلم أحداها للمقاول ، وهكذا تكون تلك المادة قد احتفظت بقاعدة التسليم فى حضور المقاول .

★ والأصل أن يتم الاستلام المؤقت صراحة ، وبمقتضى تحرير محضر يوقع عليه من كل من مندوبى الادارة والمقاول على النحو الذى أوضحته المادة ٨٥ من اللائحة الحالية والمادة ٩٧ من اللائحة الملغاة .

ولا يترتب على التسليم المؤقت انتقال الملكية الى الادارة ، وبالتالي يظل المقاول متحملا للمخاطر التى تتعرض لها الأعمال خلال الفترة بين الاستلام المؤقت والاستلام النهائى . وذلك بطبيعة الحال ، مالم ينص العقد على خلاف ذلك . (وسبق لنا بيان ذلك فى مجال عرض احكام لائحة المناقصات والمزايدات الحالية) .

★ ولا يترتب على الاستلام المؤقت تغطية الأخطاء التى يكون المقاول قد ارتكبها أثناء التنفيذ .

ولكن الادارة اذا أتمت الاستلام المؤقت بلا تحفظ . وكان المقاول قد أدخل بعض التعديلات على التصميمات الأصلية للمقاييسات ، فان ذلك يعتبر منها قبولا لتلك التعديلات .

(٢) الاستلام النهائى :

هو الاجراء الذى بمقتضاه تملك الادارة الأعمال نهائيا ، بعد أن تتأكد من أن المقاول قد أوفى بالتزامه على الوجه العريض . وهو يتم عقب انتهاء فترة العام والذى يبدأ من تاريخ الاستلام المؤقت . وقد نظمت هذا الاستلام المادة ٩٩ من

اللائحة الملغاة ، والمادة ٨٧ من اللائحة الجديدة بقولها : « قبيل انتهاء مدة الضمان بوقت مناسب ، يخطر المقاول جهة الادارة كتابة للقيام بتحديد موعد المعاينة . ومتى تبين أن الأعمال قد نفذت مطابقة للمواصفات بحالة جيدة ، فيتم تسلمها نهائيا بموجب محضر من ثلاث صور يوقعه كل من مندوبى جهة الادارة والمقاول أو مندوبه الرسمى ، وتعطى للمقاول صورة منه وإذا ظهر من المعاينة أن المقاول لم يتم ببعض الالتزامات ، فيؤجل التسليم النهائى لحين قيامه بما يطلب اليه من الأعمال ، هذا مع عدم الاخلال بمسئوليته طبقا لاحكام القانون المدنى . وعند تمام التسليم النهائى ، يدفع للمقاول ما قد يكون مستحقا له من مبالغ . ويرد اليه التأمين النهائى أو ما تبقى منه .

★ ويتم التسليم النهائى فى مواجهة كل من الطرفين كما هو الشأن بالنسبة الى التسليم المؤقت ، وكما هو واضح من نص المادة ٩٩ الملغاة والمادة ٨٧ الحالية - بمقتضى محضر يوقعانه . وقد يكون خاليا من التحفظات أو مصحوبا ببعض التحفظات . وعند النزاع يكون الفصل للقضاء الادارى .

وسبق لنا بيان ذلك .

★ والأصل هنا أيضا أن يتم الاستلام النهائى صراحة . ولكن هل يجوز أن يتم بطريقة ضمنية كما هو الشأن بالنسبة الى الاستلام المؤقت ؟ لاشك فى أن من حق المقاول على الادارة أن تقوم باجراء الاستلام النهائى عند نهاية مدة الضمان اذا ما كانت الأعمال سليمة ، اما لأنها كانت كذلك من أول الأمر ، أو متى أصبحت كذلك بعد أن ينفذ المقاول ما تطلبه الادارة من اصلاحات . فاذا رفضت الادارة الاستلام ، فانها تتعرض للمسئولية التعاقدية . ومن حق المقاول أن يلجأ الى قاضى العقد ، لاثبات أن الأعمال فى حالة تسمح باستلامها ، وذلك لأن للمقاول حقا مكتسبا فى أن يتم الاستلام النهائى حتى يمكنه الحصول على المقابل المتفق عليه من ناحية . وأن يتحرر من التزامه بالتنفيذ من ناحية أخرى .

★ ويترتب على الاستلام النهائى . النتائج الحاسمة فيما يتعلق بانقضاء عقد الأشغال العامة . وما يولد من التزامات ، ويمكن اجمال تلك النتائج فيما يلى :

(أولا) : انتقال الملكية وتحمل تبعه الهلاك الى الادارة : يؤدي الاستلام النهائى - يعكس الاستلام المؤقت - الى انتقال ملكية الأعمال الى الادارة نهائيا . وبالتالي فإن الادارة ، منذ تاريخ هذا الاستلام ، تتحمل نتيجة هلاك تلك الأعمال وفقا للقاعدة المعروفة .

الباب الثالث عشر

انقضاء عقود الامتياز والأشغال العامة والتوريد
وأسباب الانقضاء وآثاره القانونية

الباب الثالث عشر

انقضاء عقود الامتياز والاشغال العامة والتوريد وأسباب الانقضاء وآثاره القانونية

تمهيد :

ينقسم هذا الباب الى فصلين وهما :

الفصل الأول :

ويتناول النهاية الطبيعية وغير الطبيعية لعقد الامتياز ، وأسبابها ، وآثارها القانونية ، ومن أهمها تصفية عقد الامتياز ، ومصير الأموال المستغلة بالمزفق وتصفية الحسابات .

كما يضم هذا الفصل تصفية عقد الاشغال العامة وما يتعلق بالاستلام المؤقت والنهاى للأعمال .

ويشتمل على نهاية عقد التوريد نهاية طبيعية وغير طبيعية .

الفصل الثانى :

وبعرض تطبيقات قضائية حديثة من أحكام المحكمة الادارية العليا بشأن المنازعات الادارية المتعلقة بعقد الامتياز - وعقد الاشغال العامة - وعقد التوريد .

ونلك باعتبار أن هذه العقود من أهم العقود الادارية التى تدور حولها أغلب المنازعات العقدية فى الحياة العملية .

الباب الثالث عشر

انقضاء عقود الامتياز والأشغال العامة والتوريد والآثار
القانونية المترتبة على ذلك وتطبيقات قضائية من أحكام
المحكمة الإدارية العليا

الفصل الأول

حالات انقضاء عقد الامتياز والأشغال العامة والتوريد
والآثار القانونية المترتبة على ذلك

المبحث الأول

حالات النهاية والانقضاء وآثار ذلك

(أولاً) : النهاية الطبيعية لعقد الامتياز :

ينتمى عقد الامتياز الى طائفة العقود الزمنية ، التي يعتبر الزمن عنصراً جوهرياً فيها ، وبالتالي فان النهاية الطبيعية لعقود الامتياز تحل بانقضاء الزمن المحدد لنفاذها ، واذا كان موضوع عقد الامتياز هو الالتزام بتسيير مرفق عام ، وكان المفروض أن يستمر المرفق في أداء الخدمة المنوطة به الى زمن غير محدد ، فان المسلم به في فرنسا ، وفي مصر ، أن التزامات المرافق العامة لا يمكن أن تكون مؤقتة . وتجدر الاشارة الى أن دستور سنة ١٩٢٣ كان قد حرم تأييد تلك العقود ، وأن القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ قد وضع حداً أقصى لمدة نفاذ عقود الامتياز هو ٣٠ سنة^(١) .

وتحدد المدة المقررة لنفاذ عقود الامتياز بمقتضى العقد ذاته ، وفي نطاق المدة المقررة بمقتضى القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ . فاذا أغفل العقد تحديد المدة - وهو فرض نادر الوقوع عملاً - فلا مناص من اعتبار تلك المدة ٣٠ عاماً ، باعتبار أن تلك المدة هي أقصى ما يمكن أن يتفق عليه الطرفان .

ويبدأ سريان تلك المدة من تاريخ المصادقة النهائية على العقد ، وبانقضاء المدة المحددة من هذا التاريخ ينقضى العقد بقوة القانون .

(١) تنص المادة الأولى من القانون السابق على أنه «لا يجوز منح التزامات المرافق العامة لمدة تزيد على ثلاثين سنة» .

ولكن تحديد مدة العقد بحد أقصى قدره ثلاثون عاما لا يحول دون تجديد عقد الامتياز عند نهاية المدة ، كما أنه لا يمنع من مد المدة المتفق عليها أصلا في العقد .

أما فيما يتعلق بالتجديد فلا شك في امكان حدوثه ، ذلك أن القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ ، اذا كان قد حدد مدة العقد الأصلي بثلاثين عاما . فإنه لا يمنع التعاقد مرة أخرى مع ذات الملتزم بمقتضى عقد جديد . وبالتالي يجوز للملتزم القديم عند انقضاء عقده القديم أن يتقدم للتعاقد مرة أخرى ، ولمدة جديدة ، بمقتضى عقد جديد اذا ثبت للإدارة أنه أصلح المتقدمين لأداء الخدمة المطلوبة .

(ثانيا) : النهاية غير الطبيعية لعقد الامتياز واسترداد المرفق وأسباب انقضاء عقد الامتياز :

قد ينتهى عقد الامتياز - كما هو الشأن بالنسبة الى سائر العقود الادارية - نهاية مبسرة ، قبل المدة المحددة لنفاذه . ولكن عقد الامتياز ينفرد - دون سائر العقود الادارية بخاصيتين أساسيتين تقوم عليهما الأحكام المنظمة لهذا الموضوع وهما :

(١) : صلة العقد الوثيقة بالمرفق العام ، والتي تزيد من فرص نهاية العقد قبل ميعاده المحدد .

(٢) : جسامه المبالغ التي يستلزمها اعداد المرفق ، والتي تستوجب حماية الملتزم .

★ هذا ويمكن رد أسباب انقضاء عقد الامتياز قبل الأوان الى ثلاثة عوامل :

(أولا) : اسقاط الالتزام .

(ثانيا) : الاسترداد .

(ثالثا) : الفسخ بسبب من الأسباب الأخرى .

ونوضح ذلك على النحو التالي :

(أولا) اسقاط الالتزام :

وهو فسخ العقد على حساب الملتزم نتيجة لخطئه . وسبق لنا دراسة هذه الوسيلة من وسائل انقضاء العقود عند تعرضنا لدراسة الجزاءات التي توقعها الادارة على المتعاقد المقصر . كما أوردنا بعض الأحكام المتعلقة بها . ومن ثم فانتنا نكتفى بالاحالة اليها ، ونكتفى بأن نذكر أن اسقاط الالتزام لا يمكن الالتجاء اليه - وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسى الا بشرطين وهما :

(أ) : أن يخطئ الملتزم خطأ جسيماً .

(ب) : أن يحكم به القاضي ، وبالتالي لا تستطع أن تأمر به الإدارة إلا بناء على نص صريح في العقد أو التشريع .

ولكن المحكمة الإدارية العليا لم تتابع مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد ، وقررت في حكمها الصادر في ١٩٧٧/١٢/٣٠ مايلي :

«ليس صحيحاً في القانون ، أن هذا الجزاء (سحب الالتزام أو إسقاطه) لا يجوز توقيعه إلا بحكم من المحكمة المختصة ، إذ أن مانح الالتزام له سلطات عديدة يملك استعمالها في حالة عدم قيام الملتزم بالوفاء بالتزاماته المفروضة عليه بموجب العقد ، فله بقرار منه توقيع الغرامات المنصوص عليها بالعقد ، أو تنفيذ التزامات الملتزم على حسابه : وكذلك له أن يتخذ ما يراه كفيلاً لضمان سير المرفق ، كما يثبت لمانح الالتزام دائماً - بجانب هذه الجزاءات - إسقاط الالتزام إذا اختل المرفق اختلالاً جزئياً أو كلياً أو إذا ارتكب الملتزم مخالفات جسيمة . غاية الأمر أنه يشترط في هذا الصدد توافر شرطين :

أولهما : أن يرتكب الملتزم مخالفات جسيمة أو يتكرر إهماله أو يعجز عن تسييره المرفق بانتظام .

وثانيهما : وجوب انذار الملتزم قبل توقيع هذا الجزاء ... ولا يتطلب الأمر حكم من المحكمة المختصة ، بل يكفي قرار من مانح الالتزام ...»^(١) وقد سبق لذات المحكمة تقرير هذا المبدأ في أحكامها السابقة . كما أن قسم الرأي يعتنق ذات المبدأ . استرداد المرفق :

وهو عبارة عن انتهاء الإدارة لعقد الامتياز ، قبل نهايته الطبيعية دون خطأ من جانب الملتزم مقابل تعويضه تعويضاً عادلاً .

(ثالثاً) : تصفية عقد الامتياز واسترداد المرفق ومصير الأموال المستعملة في استقلاله وتصفية الحسابات بين الملتزم والإدارة :

يشير موضوع انقضاء عقود الامتياز بحثاً هاماً يتعلق بتصفية تلك العقود ، لمعرفة مصير الأموال والأدوات المستعملة في إدارة المرفق ، وهي ضخمة في الغالب ، وتصفية الحسابات بين الإدارة والملتزم .

(١) المحكمة الإدارية العليا : حكمها الصادر في ١٩٧٧/١٢/٣٠ (مجموعة المبادئ القانونية ص ١٩٢٣) .

وفيما يلي نعرض للأسس العامة التي يقوم عليها هذا الموضوع :

(أولا) : مصير الأموال المستعملة في استقلال المرفق :

★ وافق قسم الرأي مجتمعا في فتواه الصادرة في ٢٣ مارس سنة ١٩٥٥ على أنه : «عند ايلولة المرفق لجهة الادارة تؤول تبعا له كافة المنشآت والموجودات التابعة له واللازمة لسيره ، سواء نص في عقد الالتزام على ايلولتها أو لم ينص . وتكون هذه الايلولة مقابل التعويض اللازم . مالم ينص في عقد الالتزام على ايلولة هذه الأشياء بدون مقابل» .

★ وبالرجوع الى التقليد الذي تجرى عليه عقود الامتياز في فرنسا وفي مصر ، نجد أن تلك العقود تنص عادة على ايلولة بعض الأموال الى الدولة مجانا ، وعلى بقاء مالم ينص عليه ملكا للملتزم ، مع الاتفاق على حق السلطات العامة في شراء ما يلزم من تلك الأموال في ادارة المرفق العام ، وأحيانا يتفق مع الملتزم على شراء بعضها .

(٢) تصفية الحسابات بين الملتزم والادارة :

★ يعتمد الملتزم عادة على الرسوم التي يتقاضاها من المنتفعين في سبيل تغطية ما ينفقه على اعداد المرفق ، وما يعول عليه من ربح . ولكن انقضاء الالتزام قد يثير مسألة أخيرة تتعلق بتصفية الحسابات بين الادارة والملتزم . فقد تنهى الادارة العقد نهاية مبسرة ، وقد تكون الادارة قد التزمت في مواجهة المتعاقد بأن تضمن له حدا أدنى من الربح ، أو تكون قد تسببت بتصرفاتها في أن تحمله بعض الأعباء . وقد يكون الملتزم مقصرا فيما يتعلق بصيانة الأموال التي سوف تعود مجانا الى الدولة ، أو فيما يختص بالأتاوة التي يتعين دفعها للدولة ... الخ . وكل هذه الأمور تقتضى تصفية على أساس المقاصة بين حقوق كل من الطرفين ، واستئزال المبالغ المستحقة للادارة ، من ثمن الأموال التي يتعين على الادارة شراؤها .

★ والقاعدة التي تحكم تلك التصفية ، تنحصر في اعمال شروط العقد ، على أساس أن النصوص التي يتضمنها عقد الالتزام في هذا الصدد ، هي نصوص تعاقدية ، ملزمة لكل من الطرفين ، ومن ثم فإن مهمة القضاء فيما لو طرح عليه النزاع ، أن يعمل على تفسير تلك الشروط ، والالتزام أحكامها ، وفقا للنية المشتركة للطرفين المتعاقدين .

★ يخلص مما تقدم أن موضوع تصفية عقد الامتياز يخضع خضوعاً شبيه تام لشروط العقد ، وعلى القاضى فى حالة غموض الشروط ، أن يتلمس الحل على ضوء تفسير شروط العقد فى مجموعها ، مستهدياً فى ذلك بنية الطرفين المشتركة . ومن ثم فإن مجال القضاء الانشائى فى هذا المجال محدود ، لاقتصار دوره على تفسير شروط العقد وتنفيذها .

ولهذا فانه من الأهمية بمكان أن تصاغ شروط عقد الامتياز بوضوح تام حتى تقطع السبيل على كل نزاع عند التصفية^(١) .

وسبق لنا ايضاح أهم قواعد التفسير وبصفة خاصة ما تعلق منها بقواعد تفسير العقد الادارى . (وجدير بالاحاطة أننا سبق أن بينا الاسباب الاخرى لفسخ العقد) .

المبحث الثانى

نهاية عقود الأشغال العامة

والتمييز بين الاستلام المؤقت والاستلام النهائى

★ ونبين ذلك فيما يلى :

(أولاً) : النهاية الطبيعية لعقد الاشغال العامة :

الوضع الغالب بالنسبة الى عقود الأشغال العامة أنها عقود فورية ، تنتضى بتنفيذ كل من الطرفين المتعاقدين لالتزاماته المترتبة على العقد^(٢) . أما التزامات الادارة فتتجسر فى الوفاء بالثمن المتفق عليه . أما التزامات المتعاقد فتقوم على اتمام الاعمال موضوع العقد .

ويتحرر المقاول من التزاماته قبل الادارة بتسليم الادارة للاعمال التى قام بتنفيذها . ولكن يجب أن نميز فى هذا الصدد بين الاستلام المؤقت للاعمال والاستلام النهائى لها .

(١) الدكتور/ سليمان محمد الطماوى ، الامس العامة للعقود الادارية ، - مرجع سابق - ص ٨١٢ - ٨١٣ .

(٢) ولكن ثمة طائفة خاصة من عقود الاشغال تعتبر من قبيل العقود الزمنية ، وهى عقود الالتزام بالصيانة وتنتضى هذه العقود بانتهاء المدة المقررة فى العقد ، كما هو الشأن فى عقود الالتزام وغيرها من العقود الزمنية .

وجاء بالحكم مايلي :

من المبادئ المقررة أن العقود الادارية تتميز بطابع خاص ، مناطه احتياجات المرفق الذي يهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ، ولما كان العقد الادارى يتعلق بمرفق عام ، فلا يسوغ للمتعاقد مع الادارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق ، بحجة أن ثمة اجراءات ادارية قد أدت الى الاخلال بالوفاء بأحد التزاماتها قبله ، بل يتعين عليه ، ازاء هذه الاعتبارات أن يستمر فى التنفيذ مادام ذلك فى استطاعته ، ثم يطالب جهة الادارة بالتعويض عن اخلالها بالتزامها أن كان لذلك مقتضى وكان له فيه وجه حق فلا يسوغ له الامتناع عن تنفيذ العقد بارادته المنفردة والا حقت مساءلته عن تبعة فعله السلبي^(١) .



(١) المحكمة الادارية العليا : ٧٦٧ - ١١ (١٩٦٩/٧/٥) ١٤/١٢٤/٩٣٢

(ثانيا) : يتحلل المقاول من واجب الصيانة الذي يقع على عاتقه في الفترة ما بين التسليم المؤقت والتسليم النهائي ، وبالتالي لا تملك الادارة أن تكلف المقاول بشيء من هذا القبيل بعد التاريخ السابق .

(ثالثا) : لا تملك الادارة بعد الاستلام النهائي أن تحتج بمخالفة المقاول للعقد أو القول بأنه لم يحترم شروطه في التنفيذ ، ولا تستطيع أن تطالب بالتعويض عن شيء من هذا القبيل الا اذا كانت قد قدمت بشأنه تحفظات صريحة عند اتمام الاستلام النهائي .

ولكن يجب التمييز بين مخالفة شروط العقد عند التنفيذ . وبين العيوب التي تتكشف عنها الأعمال بعد الاستلام النهائي ، فمن حق الادارة أن تطالب بالتعويض عن هذه العيوب مالم يسقط الحق في ذلك بالتقادم .

المبحث الثالث

النهاية الطبيعية وغير الطبيعية لعقود التوريد الادارية

(أولا) : النهاية الطبيعية لعقود التوريد :

★ تنقضي عقود التوريد الفورية بتسليم البضائع المتفق عليها ، وتنتهي عقود التوريد الزمنية بانقضاء المدة المقررة للتوريد . ولا جديد في هذا الخصوص الا فيما يتعلق بالنظام القانوني المقرر لاستلام البضائع الموردة وما يترتب على قبول البضائع الموردة أو رفضها من آثار .

★ وهنا أيضا يوجد نوعان من الاستلام وهما : المؤقت والنهائي . ولكن ليس للفرقة بين النوعين في حالة عقود التوريد ، تلك الأهمية التي لمعناها في نطاق عقود الاشغال . وأحيانا يندمج نوعا الاستلام ، وذلك متى قبلت الادارة الاصناف مرة واحدة وبصفة نهائية .

هذا وقد نظمت لائحة المناقصات والمزايدات اجراءات تسليم الاصناف الموردة على أساس التمييز بين الاستلام المؤقت والاستلام النهائي : فنصت المادة ٨٨ من اللائحة الجديدة (والتي تقابل المادة ١٠٠ من اللائحة الملغاة) على أن يلتزم المتعهد بتوريد الاصناف المتعاقد عليها في الميعاد أو المواعيد المحددة ، خالصة جميع المصروفات

والرسوم ، ومطابقة لأمر التوريد ونلمواصفت ، أو العينات المعتمدة ، ويتسلم أمين مخزن الاستقبال ما يورده المتعهد -نعدد أو الورر أو المقاس بحضور مندوب المتعهد ، ويعطى عنه ايصالا مؤقتا محتوما بخاتم جهة الادارة موضعا به اليوم والساعة التى تم فيها التوريد ، ويقرر فيه حالة الاصناف من حيث سلامتها ، وذلك لحين اخطار المتعهد بميعاد اجتماع لجنة الفحص . وسبق لنا الاشارة الى تلك القواعد عندما عرضنا أحكام اللائحة الجديدة .

★ ولا يترتب على التسليم المؤقت انتقال الملكية وتبعية الهلاك من المورد الى الادارة ، كما أن للادارة أن تثبت فساد الاصناف الموردة حتى تمام الاستلام النهائى .
(ثانيا) : النهاية غير الطبيعية لعقود التوريد :

حسبما سبق بيانه تطبق القواعد العامة التى تسرى على سائر العقود فيما يتعلق بالفسخ . ومن ثم فان عقود التوريد تنتهى نهاية غير طبيعية بالطرق الآتية :

أولا : فسخ العقد بالتراضى بين الادارة والمورد . وحينئذ يترك لهذا الاتفاق تنظيم الآثار التى يولدها ذلك الفسخ ، ويكون دور القاضى مقصورا على تطبيق شروط الاتفاق فى حالة النزاع بين الطرفين .

ثانيا : انقضاء العقد بقوة القانون ، اذا تحققت ظروف معينة تؤدى الى تلك النتيجة ، وأوضح صورها هلال محل العقد .

ثالثا : الفسخ بحكم القضاء بناء على طلب المورد فى الحالات المعروفة وهى :

(أ) وجود المورد فى حالة قوة قاهرة تحول بينه وبين التنفيذ .

(ب) مخالفة الادارة لالتزاماتها التعاقدية مخالفة جسيمة لا يجدى التعويض فى مواجهتها .

(ج) اذا عدلت الادارة فى التزامات المورد تعديلات جسيمة على النحو المعروف .

رابعا : انتهاء عقد التوريد بقرار من جانب الادارة وذلك :

(أ) أما لخطأ المورد ، لارتكابه عملا من الأعمال التى يترتب المشرع لها جزاء الفسخ ، إما بصورة اعتبارية أو وجوبية .

(ب) وأما بدون خطأ ووفقا لمقتضيان الصالح العام .

الفصل الثاني

التطبيقات القضائية بشأن انقضاء عقود الامتياز ، والأشغال العامة والتوريد طبقا لقضاء المحكمة الادارية العليا

ونبين بعض القواعد المنبثقة عن أحكام المحكمة الادارية العليا فيمايلي :
القاعدة الأولى :

ليس صحيحا في القانون أن سحب الالتزام أو اسقاطه لا يجوز توقيعه الا بحكم المحكمة المختصة :

وتقول المحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر في ١٩٧٧/١٢/٣٠ مايلي^(١) :

ليس صحيحا في القانون ، أن هذا الجزاء (سحب الالتزام أو اسقاطه) لا يجوز توقيعه الا بحكم من المحكمة المختصة ، إذ أن مانح الالتزام له سلطات عديدة يملك استعمالها في حالة عدم قيام الملتزم بالوفاء بالتزاماته المفروضة عليه بموجب العقد ، فله - بقرار منه - توقيع الغرامات المنصوص عليها بالعقد أو تنفيذ التزامات الملتزم على حسابه، وكذلك له أن يتخذ ما يراه كفيلا لضمان سير المرفق ، كما يثبت لمانح الالتزام دائما - بجانب هذه الجزاءات - اسقاط الالتزام اذا اختل المرفق اختلا لا جزئيا أو كليا أو اذا ارتكب الملتزم مخالفات جسيمة. غاية الأمر أنه يشترط في هذا الصدد توافر شرطين :
أولهما : أن يرتكب الملتزم مخالفات جسيمة أو يتكرر اهماله أو يعجز عن تسييره بانتظام .

وثانيهما : وجوب انذار الملتزم قبل توقيع هذا الجزاء ... ولا يتطلب الأمر حكم من المحكمة المختصة ، بل يكفي فيه قرار من مانح الالتزام ...، وقد سبق لذات المحكمة تقرير هذا المبدأ في أحكامها السابقة ، كما أن قسم الرأي يعتنق ذات المبدأ .
القاعدة الثانية :

تتمثل في حكم المحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر في ٦ ابريل سنة ١٩٦٨^(٢) في دعوى تتلخص وقائعها في أن احد الشركات قامت بتنفيذ عملية

(١) المحكمة الادارية العليا - حكمها الصادر في ١٩٧٧/١٢/٣٠ - مجموعة المبادئ القانونية - ص ١٩٢٣ - حكم مطول .

(٢) المحكمة الادارية العليا : حكمها الصادر في ٦ ابريل سنة ١٩٦٨ - مجموعة المبادئ القانونية - ص ١٣ - ص ٧٦٦ .

مجارى لحساب احدى المحافظات ، وبعد أن تم التسليم ظهر بها عيب ترتب عليه هبوط المجارى مما أدى الى ضرورة اصلاحها من جديد ؛ وكانت البلدية المتعاقدة قد علمت بالعيب ولكنها لم ترفع الدعوى الا بعد ثلاث سنوات من تاريخ العلم بالعيب ، فقررت كل من محكمة القضاء الادارى ، والمحكمة الادارية العليا سقوط حق المحافظة فى رفع الدعوى .

وجاء فى حكم المحكمة الادارية العليا المشار اليه مايلى :

(أ) انطباق المادتين ٦٥١ و٦٥٤ من القانون المبنى على هذه الحالة «مأدامت لا تتعارض مع روابط القانون العام» (*) .

(ب) «مدة الثلاث سنوات هى مدة تقادم ترد عليها أسباب الانقطاع ، فتقطع برفع الدعوى الموضوعية ، ولا يكفى لقطعها أن يرفع رب العمل دعوى مستعجلة بطلب تعيين خبير لاثبات حالة البناء وتقطع أيضا باقرار المقاول أو المهندس بحق رب العمل فى الضمان .

القاعدة الثالثة :

ضرورة التمسك بالدفع بسقوط دعوى الضمان بانقضاء ثلاث سنوات :

وتقول المحكمة فى حكمها الصادر فى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٧١ (١) :

قام أحد المقاولين بإنشاء سور كورنيش النيل بمدينة سوهاج ، وسلمه ابتدائيا فى ٢٨ مارس سنة ١٩٥٦ . ويتاريخ ١١ يناير سنة ١٩٥٩ أبلغ أحد المواطنين بتهدم السور . تبين - نتيجة لتحقيق أجرته كلية الهندسة - أن الاتهيار يرجع الى عدم

(*) تنص المادة ٦٥١، مبنى على مايلى :

(أ) «ضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهم كلى أو جزئى فيما شيدوه من مبان ، أو أقلموه من منشآت ثابتة أخرى ، وذلك ولو كان التهم ناشئا عن عيب فى الأرض ذاتها ، أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت للمصيبة ما لم يكن المتعاقدان فى هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات .

(ب) ويشمل الضمان المنصوص عليه فى الفقرة السابقة ما يوجد فى المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته .

(ج) وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل ولا تسرى هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن .

(١) المحكمة الادارية العليا : حكمها الصادر فى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٧١ - ص ١٧ - ص ١٢١ .

مطابقة المكونات للمواصفات . رفعت دعوى التعويض في ٣ مايو سنة ١٩٦٥ ، فقضت محكمة القضاء الإداري بعدم قبول الدعوى استنادا إلى المادة ٦٥٤ منى التى تقضى بسقوط دعوى الضمان بانقضاء ثلاث سنوات من تاريخ حصول التهم أو انكشاف العيب . ولكن المحكمة الإدارية العليا ألغت الحكم السابق ، لأن ما تقرره المادة المشار إليها ، هو مجرد تقادم ، تسرى عليه المادة ٣٨٧ من القانون المدنى والتى توجب التمسك بالدفع من قبل صاحب الشأن . وذلك بقولها : «ومن حيث أنه لا مزية لدى هذه المحكمة فى أن مدة السنوات المحددة بالمادة ٦٥٤ من القانون المدنى ، هى تقادم مسقط لا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ، ولا تسقط باتقضاها تلقائيا ، وإنما يسوغ أن تثار كدفع من جانب المدعى أو أحد دائنيه ... وبغير أن يدفع به لا تكون المحكمة فى حل من القضاء بعدم قبول الدعوى ، ويكون تصديها لاسقاط الدعوى من تلقاء نفسها مخالفا للقانون ، طالما لم يقدم لها دفع من ذى الشأن ممن عينتهم المادة ٦٥٤ من القانون المدنى المشار إليها .

القاعدة الرابعة :

إن لائحة المناقصات تتضمن تنظيما كاملا لفحص الأصناف المشتراه طبقا لعقود التوريد بعناية أشد من عناية الرجل العادى .

وتقول المحكمة الإدارية العليا مايلى :

«تعاقبت الإدارة على توريد ورق «أستسل» طبقا لعينة محددة ، قدمها المورد وقبلتها الإدارة بعد الفحص ، بعد أن تم التوريد وبدأ الاستعمال ، وجدت الإدارة أن الصنف المورد لا يطبع الكميات الكافية ، وأن الورق يتمزق بالاستعمال ، فأوقفت دفع باقى الثمن وطالبت المتعهد بأن يورد صنفا أجود . ولما طرح النزاع أمام القضاء الإداري رفضت كل من محكمة القضاء الإداري ، والمحكمة الإدارية العليا اعتبار ما اكتشفته الإدارة عيبا خفيا . وبعد أن استعرضت المحكمة الإدارية العليا حكم المادة ٤٤٧ من القانون المدنى والخاصة بضمان العيوب الخفية وأحكام المواد ١٠٠ و ١٢٩ و ١٣١ من لائحة المناقصات والمزايدات ، الملغاة

(*) راجع الفقرتين الأولى والثانية من المادة (٤٤٧) منى - كما ترى من المفيد مراجعة المواد (٤٤٩) ، (٤٥٠) ، (٤٥١) ، (٤٥٢) ، (٤٥٣) ، (٤٥٤) ، (٤٥٥) وذلك لإتينا نرى إمكان الاستفادة بهذه المواد فيما لا يتعارض مع طبيعة ونظام الدعوى الإدارية .

قالت : أن لائحة المناقصات تضمنت تنظيما كاملا لفحص الاصناف المشتراه ، طبقا لعقود التوريد ، من شأنه أن تتمكن جهة الادارة من التحقق من مطابقة المبيع لشروط العقد ومواصفاته والوفاء بالقرض المقصود منه . ولها على ضوء ما تجريه من تجارب وفحص أن تقرر ، إما قبول الصنف أو رفضه بناء على ما تقررره لجنة الفحص ، واعتماد المصلحة لقرارها . ويكون القرار الصادر في هذا الشأن نهائيا ، أى يكون ملزما لطرفى العقد . ومن حيث أنه يبين من هذا التنظيم المتكامل الذى نصت عليه لائحة المناقصات أن المشرع أوجب على الجهة الادارية أن تفحص الاصناف الموردة بعناية أشد من عناية الرجل العادى ، ومن حيث أن المطعون ضده قد بصر الجهة الادارية بوجود أكثر من صنف من الأوراق ، وأحاطها علما بسعر كل نوع منها ، فاختارت أقلها سعرا ، ومفروض أن تقع الجهة الادارية بالنتائج التى يحققها هذا الصنف والتى تتناسب مع سعره^(١) .

القاعدة الخامسة :

سحب الالتزام أو اسقاطه كلاهما يعنى رفع يد الملتزم عن إدارة المرفق .
وتقول المحكمة :

سحب الالتزام أو اسقاطه كلاهما من الألفاظ المرادفة لمعنى واحد هو رفع يد الملتزم عن إدارة المرفق قبل انتهاء مدته لمواجهة المخالفات الجسيمة التى يرتكبها الملتزم مع حق مانح الالتزام فى الاستيلاء على الأنشآت اللازمة لإدارة المرفق جبرا عن الملتزم ، حق مانح الالتزام فى اسقاط الالتزام اذا أخل المرفق اختلالا جرنيا أو كليا أو اذا ارتكب الملتزم مخالفات جسيمة أو تكرر اهماله ، وجوب انذار الملتزم قبل توقيع هذا الجزاء - ليس صحيحا فى القانون أن هذا الجزاء لا يجوز توقيعه الا بحكم من المحكمة المختصة^(٢) .

القاعدة السادسة :

إذا لم تكم بالمزايدة احدى الحالات التى تجيز الفاؤها وفقا لأحكام القانون فانه لا يجوز الفاؤها لاعادة المزايدة بقصد الوصول الى ثمن أعلى - القرار الصادر

(١) المحكمة الادارية العليا : حكمها الصادر فى ٢٠ مارس سنة ١٩٧١ من ١٦ من ١٧٥ .

(٢) المحكمة الادارية العليا : ١١٠ - ١٣ (١٩٧٧/١٢/٣٠) ٢٧/٢٣ .

بإعادة المزايدة قرار غير مشروع - التعويض عما رتبته من ضرر وقوته من ربح .

وتقول المحكمة :

وإذا لم تقم بالمزايدة إحدى الحالات التي تجيز الغاؤها وفقا لأحكام القانون فإنه ما كان يجوز الغاؤها وعدم الاعتداد بنتيجتها تمهيدا لإعادة المزايدة بقصد الوصول إلى ثمن أعلى - بل كان يتعين وفقا لأحكام هذا القانون ولاحقة المناقصات والمزايدات (المعلقة بالقانون رقم (٩) لسنة ١٩٨٣) اعتماد إرسائها على المدعى مادام أنه قد تقدم بأفضل العطاءات وقام بالتزامه بإكمال التأمين المقدم منه إلى ٢٠٪ من قيمة عطاءه ويكون القرار الصادر بإعادة المزايدة وما ترتب عليه من إجراءات انتهت بإرسائها على غير المدعى - مخالفا للقانون - ولاشك في أن هذا القرار غير مشروع قد ألحق ضررا بالمدعى يتمثل فيما تكبده من نفقات للاشتراك في المزايدة وما اقتضاه ذلك من قيامه بإيداع تأمين وفيما فاتته من فرصة الحصول على الربح الذي كان يأمل في تحقيقه فيما لو تم التعاقد معه والذي قام الدليل على رجحانه بربح المزايدة على غيره بثمن يزيد على قيمة عطاءه - وتقدر المحكمة التعويض المستحق بمبلغ ثلاثمائة جنيه^(١) .

القاعدة السابعة :

الخطأ العقدي سواء كانت العقود مدنية أو إدارية هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد :

وتقول المحكمة :

★ من الأمور المسلمة في العقود كافة ، سواء كانت عقود إدارية أو مدنية ، أن الخطأ العقدي هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أيا كان السبب في ذلك ، يستوى في ذلك أن يكون عدم التنفيذ ناشئا عن عمد أو إهماله ، أو فعله دون عمد أو إهمال .

★ وبما أن العقد الذي تستند إليه المنازعة الحالية هو عقد مبرم بين الجهات الإدارية المدعى عليها والمدعى للقيام ببناء عقارات لصالح شخص معنوي عام

(١) المحكمة الإدارية العليا : ٨١٢ - ١٣ (١٩٦٩/٣/١) ١٤/٤١/٣١٣ .

وبقصر تحقيق مصلحة عامة فهو عقد أشغال عامة ، ويولد هذا العقد في مواجهة جهة الادارة التزامات عقدية أخصها أن تمكن المتعاقد معها من البدء في تنفيذ العمل ، ومن المضى في تنفيذه حتى يتم انجازه ، فإذا لم تقم بهذا الالتزام فإن هذا يكون خطأ عقدياً في جانبها يخول المدعى الحق في أن يطلب التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء عدم قيام جهة الادارة بالتزامها أو من جراء تأخرها في القيام به^(١) .



(١) المحكمة الادارية العليا : $\frac{١٣٢٠}{١٣٤٠}$ - ١٢ (١٩٦٩/٢/١.٥) ٣٧٤/٤٨/١٤ .

ونما سببه هذا الحكم يجدر بنا أن نشير إلى أن الفقرة الأولى من المادة (١٥٧) مدني تنص على مايلي :

«في العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى» .

الباب الرابع عشر

أهم الفتاوى الصادرة عن الجمعية العمومية
لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة فى
شأن العقود الادارية والتعويضات

الباب الرابع عشر

أهم الفتاوى الصادرة عن الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة فى شأن العقود الادارية والتعويضات

القاعدة الأولى :

مدى أحقية الجهاز المركزى للمحاسبات فى الاعتراض على العقد المبرم بين أكاديمية البحث العلمى والتكنولوجيا والهيئة المصرية العامة للسينما والمسرح والموسيقى بالترخيص للهيئة باستغلال الصالة الكائنة بمبنى الاكاديمية كدار للعروض السينمائية والمسرحية .

وجاء بفتوى الجمعية العمومية مايلى :

من حيث أنه يبين من نصوص العقد المائل أنه لا يؤدي الى اهدار مبدأ تخصيص الأهداف التى تقوم الاكاديمية على تحقيقها اذ بمقتضاه يقع على عاتق الهيئة العامة للسينما اعداد وتجهيز صالة العرض وتحمل كافة التكاليف فى مقابل استغلال الصالة لمدة ثلاثين عاما ترد بعدها الى الاكاديمية التى بحق لها استخدام الصالة أثناء مدة العقد فى أغراضها بما يتفق مع حق الاستغلال المقرر بموجب العقد للهيئة ومن ثم فان هذا العقد يعد من اتفاقات تبادل المنافع بين الجهات الادارية .

ولما كانت المادة ١٤٧ من القانون المدنى تنص على أن «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون ...» وكانت المادة ١٤٨ من ذات القانون تنص على أنه «يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ...» واذ تتفق أحكام هاتين المادتين مع طبيعة روابط القانون العام فانها تعد جزءا من أحكام القانون الادارى ومن ثم فان تطبيقها فى الحالة المائلة يوجب تنفيذ العقد المعروض وفقا لما تلاقت عليه ارادة طرفيه ولا يجوز النظر الى هذا العقد على أنه عقد ايجار وبالتالي لا يستقيم اعتراض الجهاز المركزى للمحاسبات عليه ، بيد أنه لما كان العقد المائل يعد فى التكييف القانونى الصحيح من عقود

تبادل المنافع بين الجهات الادارية فان حق هيئة السينما والمسرح فى التنازل للغير عن استغلال الصالة يتقيد بطبيعة هذا العقد وبالصفة العامة لأطرافه ومن ثم لا يجوز للهيئة أن تجرى هذا التنازل الا لجهة عامة أخرى .

لذلك انتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع الى الموافقة على العقد فى الحدود المشار اليها بالفتوى^(١) .

القاعدة الثانية :

مدى أحقية المقاول فى صرف فروق أسعار مواد البناء فى حالة عدم تحفظه بشأن زيادة الأسعار :

وجاء بفتوى الجمعية العمومية مايلى :

من حيث أن حقوق المتعاقد تتحدد أصلا طبقا لنصوص العقد فيتعين تنفيذه وفقا لما اشتمل عليه وأن الأسعار المتفق عليها تقيد طرفى العقد كأصل عام فلا يجوز للمقاول أن يطالب بزيادة على أساس ما يطرأ عليها من زيادة .

واذا كانت المادة العاشرة من لائحة المناقصات والمزايدات قد أجازت النص فى العقود على تعديل الأسعار المتعاقد عليها بنسبة ما قد يطرأ عليها أثناء التنفيذ من ارتفاع ، فإن هذا الحكم لا يجد مجالا لاعماله فى الحالة الماثلة اذ لا يتضمن العقد نضا بمحاسبة المقاول على الزيادة فى الأسعار .

ولا يغير مما تقدم أن المادة الثانية من القانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٠ الخاص بشئون التسعير الجبرى وتحديد الأرباح تقضى بسريان جداول الأسعار وقرارات تحسين الأرباح على السلع التى يتم تسليمها بعد تاريخ العمل بهذه الجداول أو القرارات تنفيذا لتعهدات أبرمت قبل هذا التاريخ ذلك لأن مجال اعمال هذا الحكم انما يقتصر على العقود التى يقف تعهد المتعاقد فيها عند حد تقديم السلعة دون تدخل منه بالاضافة أو التغيير كما هو الحال فى عقود التوريد وتبعاً لذلك تخرج عقود المقاولة من نطاق تطبيقه باعتبار أن عناصر العقد لا تشتمل على مجرد تقديم المواد وانما تتضمن تدخل المقاول بتحويلها وتصنيعها وتركيبها بما يتفق وطبيعة العملية المسندة اليه .

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع - جلسة ١٩٨٢/٤٧ - ملف رقم ٧/١٤/٥٤ .

لذلك انتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع الى عدم أحقية المقاول فى الحالة المعروضة فى صرف فروق أسعار مواد البناء التى يطالب بها^(١) .

القاعدة الثالثة :

مدى جواز تخفيض مستحقات المقاول المتعاقد مع جهة الادارة فى حالة انخفاض الأسعار الجبرية للحديد والأسمنت عن تلك التى تم التعاقد فى ظلها :

وجاء بفتوى الجمعية العمومية مايلى :

من حيث أن حقوق المتعاقد تتحدد أصلاً طبقاً لنصوص العقد فيتعين تنفيذه وفقاً لما إشتمل عليه وبما يتفق وحسن النية وأن الأسعار المتفق عليها تقيد طرفى العقد كأصل عام فلا يجوز للادارة أن تخفض مستحقات المقاول على أساس ما يطرأ عليها من انخفاض .

وإذا كانت المادة العاشرة من لائحة المناقصات والمزايدات قد أجازت النص فى العقود على تعديل الأسعار المتعاقد عليها بنسبة ما قد يطرأ أثناء التنفيذ على الأسعار من ارتفاع وكانت قد أوجبت فى ذات الوقت النص على حد أقصى لنسبة الزيادة مع حفظ حق الادارة فى الافادة مما قد تتعرض له الأسعار من خفض فإن هذا الحكم لا يجد مجالا لأعماله فى الحالة الماثلة إذ لم يتضمن العقد نصاً بمحاسبة المقاول على الزيادة فى الأسعار حتى يكون للادارة أن تفيد من خفضها وقد استبعد العقد تطبيقه صراحة بأن نص فى البند ١٧ من شروط المقايسة على أن يلتزم المديرية بصرف فروق أسعار مواد البناء مهما ارتفعت أسعارها وعلى المقاول دراسة المقايسة ووضع المعاينة على هذا الأساس، ومن ثم يكون العقد قد تضمن تثبيتاً للأسعار الواردة فى العطاء المقدم من المقاول اعتباراً من تاريخ تقديم العطاء حتى الانتهاء من تنفيذ العملية المسندة إليه ، الأمر الذى لا يجوز معه للادارة أن تحتج بانخفاض الأسعار لانقاص مستحقاته .

ولا يغير مما تقدم أن المادة الثامنة من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٠ الخاص بشئون التسعير الجبرى وتحديد الأرباح قضت بسريان جداول الأسعار وقرارات

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع - جلسة ١٦/٦/١٩٨٢ - ملف رقم

١١/٢/٧٨ .

تعيين الأرباح على السلع التي يتم تسليمها بعد تاريخ العمل بهذه الجداول أو القرارات تنفيذاً لتعهدات أبرمت قبل ذلك التاريخ ذلك لأن مجال أعمال هذا الحكم إنما يقتصر على العقود التي يقف تعهد المتعاقد فيها عند حد تقديم السلعة دون تدخل منه بالإضافة أو التغيير كما هو الحال في عقود التوريد ، وتبعاً لذلك تخرج عقود المقاول من نطاق تطبيقه باعتبار أن عناصر العقد لا تشمل فقط على مجرد تقديم المواد وإنما تضمن تدخل المقاول بتحويلها وتصنيعها وتركيبها بما يتفق وطبيعة العملية المسندة إليه .

لذلك انتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إلى التزام الجهة الإدارية بتنفيذ نصوص العقد دون إجراء أى تخفيض فى مستحقات المقاول .

القاعدة الرابعة :

الشراء على حساب المتعاقد مع جهة الإدارة فى حالة المقاول المقصر فى تنفيذ التزامه بالتوريد :

وجاء بفتوى الجمعية العمومية مايلى :

من حيث أن مفاد نص المادة ١٠٥ من لائحة المناقصات والمزايدات أن من حق جهة الإدارة عند اخلال المتعاقد معها بتعهدده بالتوريد أن تقوم بشراء الاصناف التى لم يتم بتوريدها على حسابه بما يتضمنه ذلك من التزامه بأداء الزيادة فى قيمة الثمن عند الشراء على حسابه مضافا إليها الغرامة التأخيرية والمصاريف التى تكبنتها جهة الإدارة فى سبيل اعادة الشراء على حسابه .

من حيث أنه وفقا لما استقر عليه قضاء المحكمة الادارية العليا فان التنفيذ على حساب المتعاقد المقصر لا يستتبع مطالبته بالمصاريف الادارية الا اذا ثبت أن جهة الإدارة قد تحملت خسائر أو لحقها أضرار نتيجة للتنفيذ على حسابه ، فإذا ما اقتصرَت جهة الإدارة المتعاقدة على اخطار صاحب العطاء التالى بتنفيذ العملية فلاجبه للمطالبة بالمصاريف الادارية فى هذه الحالة .

ومن حيث أن الثابت من الأوراق أن مديرية الاسكان والتعمير بالاسكندرية قد تعاقدت مع المؤسسة المصرية العامة للتعاون الانتاجى والصناعات الصغيرة (وحدة الصيانة والانتاج بطنطا) على توريد عدد ٢٣٢ تريسكل فقامت المؤسسة المتكورة بتوريد مائة وخمسين ولم تقم بتوريد باقى الكمية وبناء على ذلك قامت مديرية

الاسكان بشراء الكمية الباقية عن طريق زيادة الكمية التي قد تعاقدت على شرائها مع مركز التدريب المهني بدمهور وتنتج عن ذلك زيادة في السعر مقدارها ٢٠٠ مليون ، ٤١٨ جنيه ومن ثم يتعين الزام محافظة الغربية التي آلت اليها ملكية المؤسسة المذكورة بهذه الزيادة في الثمن الناتجة عن الشراء على حسابها مضافا اليها غرامة تأخيرية بنسبة ٤٪ من قيمة الكمية المذكورة وتقدر بمبلغ ٥١٢ مليون ، ٩١ جنيه . ولا وجه للمطالبة بالمصاريف الادارية لأن المديرية اقتصرت عند شرائها لهذه الكمية على اخطار صاحب العطاء التالي بزيادة الكمية المتعاقد عليها بمقدارها^(١) .

القاعدة الخامسة :

مدى أحقية شركة المقاولين العرب وشركتين فرنسيتين في الاعتراض على حذف أحد بنود العقد الخاص بإنشاء المنطقة الانتهازية رقم ٢ بميناء القاهرة الجوي خلال مراجعته اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة :

وجاء بفتوى الجمعية العمومية مايلي :

تخلص وقائع هذا الموضوع في أن اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة انتهت بجلستها المنعقدة بتاريخ ١٩٨٠/٥/١٩ من مراجعة الشروط العامة لعملية إنشاء المنطقة الانتهازية رقم ٢ بميناء القاهرة وبعدها طرحت الهيئة هذه العملية في مناقصة محدودة فضت مظاريفها بتاريخ ١٩٨٠/٩/١٥ وكانت شركة المقاولون العرب متضامنة مع شركتين فرنسيتين ضمن المتقدمين لها - وبناء على قرار مجلس ادارة الهيئة الرقيم ٤٢٠/س/٤٢ بتاريخ ١٩٨١/١/٥ تم تحويل هذه المناقصة المحدودة الى ممارسة ثم عقدت جلسات ممارسة تحرر فيها المحضر المؤرخ ١٩٨١/١/٢٠ - والمحضر المؤرخ ١٩٨١/١/٢٢ وقد ورد بالمحضر الأول ما يفيد موافقة ممثلوا

(١) فتوى الجمعية العمومية جلسة ١٩٨٢/١٠/٢٠ - ملف رقم ٨٨٥/٢/٢٢ .

* مما تجدر الاشارة اليه أن المحكمة الادارية العليا قضت في القضية رقم ٧١٠ لسنة ١٦ القضائية بأن إشراء على حساب المتعهد المقصر الاصناف التي قصر المتعهد في توريدها ، وإذا اقتضت المصلحة العامة قبول صنف يختلف في جودة الصنف زيادة أو نقصا وتحاسب المتعهد على فرق الجودة باعتبار أن هذا العنصر يمثل ضرر لحق على سبيل اليقين بالمصلحة العامة ، بسبب تكول المتعهد عن تنفيذ التزامه ، وانتهى الحكم إلى أنه يتعين أن يسأل المتعهد عن الضرر الذي لحق بالادارة متمثلا في فرق السعر وملحقاته من المصاريف الادارية .

الشركات الثلاث على الغاء جميع التحفظات الواردة بعرضهم والمقدم في ١٥/٩/١٩٨١ والموافقة على الشروط العامة للهيئة . ويتاريخ ٢/٣/١٩٨١ أخطرت الهيئة - بموجب اخطار قبول عطاء - الشركات الثلاث متضمنة في قبول عطائها وتم توقيع العقد بالفعل بتاريخ ٢٨/٤/١٩٨١ بين الهيئة (طرف أول) والشركات الثلاث (طرف ثان) مع ارتضاء الطرفين بأية تعديلات يرى مجلس الدولة ادخالها عليه طالما لم يترتب عليها أعباء مالية أخرى غير تلك المنصوص عليها فيه . وعند مراجعة العقد تبين للجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة أن البند ٦ من العقد يتعارض مع المادة ٦١ من الشروط العامة وأن التعارض بينهما ينصب على أن المقاول إذا تأخر في اتمام الأعمال خلال المدة المحددة له فإنه يلتزم وفقا للشروط العامة بأداء الغرامة بالنسب والأوضاع الواردة به من قيمة الأعمال المتأخرة فقط . لذلك فقد انتهت اللجنة بجلستها المنعقدة بتاريخ ١٦/٥/١٩٨١ الى حذف البند ٦ من العقد لتعارضه مع المادة ٦١ من الشروط العامة ولم يرق ذلك لشركة المقاولين العرب والشركتين الفرنسييتين فاعتراضوا لدى الهيئة (الطرف الأول) التي طلبت اعادة عرض الموضوع على اللجنة الثانية وقد تم ذلك حيث أنهت الى تأييد قرارها السابق في هذا الشأن .

ولدى عرض الموضوع على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع استبان لها أن المقاول تقدم الى هيئة ميناء القاهرة الجوية لتنفيذ العملية المشار اليها طبقا للشروط العامة ثم جرت الممارسة معه فأسقط كافة التحفظات الصادرة منه وارتضى تنفيذ العملية على أساس الشروط العامة وقبلت الجهة الادارية هذا الاجاب ، لذلك يكون قد تم التعاقد بينهما وفقا لما تقدم ولا يجوز للجهة الادارية أن تعطل في شروط التعاقد بعد ذلك سواء بما يفيد المقاول أو بما لا يفيد وتبعا لذلك يكون ما نص عليه البند السادس من العقد اضافة لشروط التعاقد الذي تم ولا أساس له من القانون .

لذلك انتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع الى تأييد اعتراض اللجنة الثانية بقسم الفتوى بمجلس الدولة على البند السادس من العقد^(١) .

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع جلسة ٢٠/١٠/١٩٨٢ - ملف رقم ٢٣٢/٢/٣٧ .

القاعدة السادسة :

تحديد استحقاقات مقاول عملية انشاء وتجهيز المبنى الجديد رقم ٢ بميناء القاهرة الجوى عن توريد وتنفيذ أعمال التكييف بالمبنى :

وجاء بفتوى الجمعية العمومية مايلى :

من حيث أن العرض المقدم من المقاول فى الحالة المعروضة لم يتضمن حلاً أصلياً وحلاً بديلاً للتكييف بل اشتمل على حل واحد حدد تكلفته ، أى أن الممارسة الخاصة بالعملية المشار إليها تمت على أساس السعر الاجمالى للعملية دون نظر الى توزيعه على فئات بنود الأعمال والأقسام المختلفة ، وتم التعاقد مع المقاول المقبول عطاؤه على هذا الأساس وبناء على طلب الهيئة قام المقاول بتوزيع القيمة الاجمالية على الأقسام المختلفة وعددها تسعة وخمسون قسماً وتجميع كشوف التوزيع اتضح مطابقتها للسعر الاجمالى المتعاقد على أساسه الا أنه لوحظ أنه وضع سعرين لكل من الحل الأسمى والحل البديل فى القسم الرابع عشر ، وجمعها لتكوين مجموع هذا القسم ، وباستيضاح الهيئة له فى ذلك أفاد أنه حدث خطأ فى تغذية الحاسب الالكترونى أدى الى هذه النتيجة .

ومن حيث أن مفاد ما تقدم أن إرادة الطرفين انصرفت أساساً الى التعويل على السعر الاجمالى للعملية ، وأن نتيجة توزيع هذا السعر على الأقسام المختلفة وإن تضمنت لبساً فيما يتعلق بأحد الأقسام ، فإن ذلك مرده الى خطأ مادى واجب التصحيح وليس ثمة ما يحول قاتونا دون تصويبه ، ذلك أن عملية التوزيع سواء أكانت مشوبة فى احدى جزئياتها ببعض الأخطاء لم يعثر بها أى لبس ، فإن ذلك لا يؤثر فى كون الممارسة تمت على أساس سعر اجمالى للعملية وأن الهيئة قبلت عطاء المقاول المذكور على أساس هذا السعر الاجمالى الذى تتحدد وفقاً له استحقاقاته .

لذلك انتهى رأى الجمعية العمومية الى أن استحقاقات المقاول فى الحالة الماثلة تتحدد على أساس اجمالى قيمة عطائه المقبول من الهيئة وأن ماورد فى كشوف توزيع السعر الاجمالى للعملية بالنسبة للقسم ١٤ منها يرجع الى خطأ مادى واجب التصويب^(١) .

تعليق :

نرى أن ما جاء بهذه الفتوى هو تطبيق صحيح لنص المادة (١٢٣) مدنى والتي تنص على أنه لا يؤثر فى صحة العقد مجرد الغلط فى الحساب ولا غلطات القلم ،

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع جلسة ١٨/٥/٨٣ - ملف رقم ١٢/٢/٧٨ .

ولكن يجب تصحيح الغلط - غير أننا نرى أن الغلط الذى يبطل العقد هو الغلط الجوهرى ، ويكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه التعاقد من إبرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط ، ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع فى صفة للشئ تكون جوهرية فى إعتبار المتعاقدين أو إذا وقع فى ذات التعاقد أو فى صفة رئيسية من صفاته (المادة ١٢٠ ، ١٢١) .

كما يجوز إبطال العقد للتدليس طبقا للمادة (١٢٥) مدنى ونرى أن العقد يكون قابلا للإبطال إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقا لصحيح المادة (١٢٢) من ذات القانون .

القاعدة السابعة :

فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى بمجلس الدولة فى شأن الفسخ بقوة القانون وما قد يترتب عليه من تعويض :

وجاء بالفتوى ما يلى :

★ من أوضح الأمثلة على هذه الطريقة حالة القوة القاهرة ، إذا أدت الى تنمير محل المرفق الذى يدار عن طريق الامتياز ، وكذلك اذا تضمن العقد نصا بمقتضاه أنه ينتهى فى حالة وفاة الملتزم ، اذا تحقق هذا الشرط ، أو أن يصدر قرار بحل الشركة الملتزمة ، ومن قبيل ذلك أيضا صدور قانون يتضمن فسخ عقود الالتزام الخاصة بمرفق معين يدار بطريق الامتياز .

★ وهنا يتولى القانون تنظيم طريقة تعويض الملتزم القديم .

★ ونجد تطبيقا هاما لهذه الحالة فى فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى بمجلس الدولة^(١) ، فقد صدرت بمناسبة صدور القانون رقم ١٢٣ لسنة ١٩٦١ بإسقاط التزام مرفق ترام القاهرة وقضى بإيلولته لإدارة النقل العام لمدينة القاهرة :
فقلت الفتوى :

«ان المؤسسة ترث المرفق بحالته وقت إسقاط الالتزام . ولما كان المرفق المشار اليه قد اقترض قبل صدور قانون الإسقاط بضمان المجلس البلدى ، فإن الفتوى انتهت الى أن «تحل المؤسسة محل المجلس البلدى فى كل ما يتعلق بالمرفق . ولا يكون للمؤسسة مصلحة جدية فى الاعتراض على سداد أقساط القرض ، لأن هذا السداد سيتم من ضمن أموال المرفق» .

(١) فتوى الجمعية العمومية الصادرة فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٦٤ - من ١٩ من ١٢٨ .

محتويات الكتاب

الفهرس التحليلي

الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الادارية والتعويضات
مع القواعد انقانونية وأحكام المحكمة الإدارية العليا
وفتاوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة
و الأحكام الحديثة لمحكمة النقض
الموضوع الصفحة

الباب الأول :

المعايير والأسس المحددة للعقد الادارى ، وتعريفه ، مع بيان

أهم العقود الادارية ٩

الفصل الأول :

المعايير والأسس المحددة للعقد الادارى ، وتعريفه ،

ومفهوم المرفق العام ١١

الفصل الثانى :

التعريف بأهم العقود الادارية :

ويتعلق التعريف بعقد النقل - وعقد تقديم المعونة - وعقد

القرض العام - وعقود الايجار الادارية - وعقود التعهد

بالانتظام فى الدراسة وخدمة الدولة - وعقد الالتزام بمرفق

عام - وعقد الاشغال العامة - وعقد التوريد ٢٧

الباب الثانى :

المبادئ القانونية المتعلقة بالمناقصة العامة وغيرها من

العقود الادارية مع تطبيقات قضائية ٣٧

الفصل الأول :

الاعلان عن المناقصة العامة والاجراءات الادارية التى يتم

التعاقد على أساسها ٣٩

الفصل الثانى :

الغاء المناقصة العامة وشروط الغاء المزايمة واجراءات

تحرير العقد ، واختصاص لجنة البت فى مفاوضة أصحاب

العطاءات ٤٦

الفصل الثالث :

صور المناقصة المحدودة ، والمحلية ، والممارسة ، والاتفاق المباشر ، واجراءات تنفيذ العقود الادارية ، والاجراءات التي تتخذ في حالة اخلال المقاول بالتزاماته التعاقدية ... ٥٤

المبحث الأول :

صور المناقصة المحلية المحدودة ، والمحلية ، والممارسة ، والاتفاق المباشر ٥٤

المبحث الثاني :

وثائق العقد ٥٨

المبحث الثالث :

الاجراءات القانونية في تنفيذ العقود الادارية ، والاجراءات التي تتخذ في حالة اخلال المقاول بالتزاماته ٦١

الباب الثالث :

سلطة الادارة في الرقابة على تنفيذ العقد الادارى ، وضرورة الحصول على التصريح قبل التعاقد في الحالات الهامة ، ومدى التزامها باعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء ٧١

الفصل الأول :

سلطة الادارة في الرقابة على تنفيذ العقد ٧٣

الفصل الثاني :

ضرورة الحصول على التصريح بالتعاقد في حالات خاصة ، مع تطبيقات قضائية ٧٧

الفصل الثالث :

سلطة الادارة في تعديل نصوص العقد من جانبها وحدها وأساس سلطة التعديل ٨٢

الفصل الرابع :

٩٠ مدى سلطة الادارة فى توقيع الجزاءات على المتعاقد معها

الفصل الخامس :

٩٧ مدى التزام الادارة باعذار المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء

الباب الرابع :

١٠١ القواعد العامة للاثبات أمام القضاءين العادى والادارى

الفصل الأول :

١٠٢ الوسائل الجوهرية للاثبات أمام القضاءين العادى والادارى

الفصل الثانى :

١٢٤ اثبات العقد الادارى

الباب الخامس :

بعض قواعد تفسير العقود والاحكام فى ظل المبادئ

١٣٣ والقواعد المستقرة فى القضاءين الادارى والعادى

الفصل الأول :

بعض القواعد العامة فى تفسير العقود الادارية والمدنية فى

ظل المبادئ والقواعد المستقرة فى القضاءين الادارى

١٣٣ والمدنى

المبحث الأول :

تفسير العقد وتحديد نطاقه وكيفية تنفيذه والمبادئ الجوهرية

١٣٣ فى التفسير

المبحث الثانى :

بعض القواعد الجوهرية فى تفسير العقود ويتضمن القواعد

١٣٨ القانونية التالية

القاعدة الأولى :

لجهة الادارة منح المورد المتأخر مهلة اضافية مع توقيع

١٣٨ غرامة التأخير

القاعدة الثانية :

- قيام الادارة بالشراء على حساب المتعهد لا يؤدي الى انتهاء
 الرابطة القانونية مادامت الادارة لم تلجأ الى انتهاء التعاقد مع
 مصادرة التأمين ١٣٨

القاعدة الثالثة :

- سلطة الادارة في الرقابة والتوجيه وانهاء العقد للصالح العام ١٣٨

القاعدة الرابعة :

- مدى تفسير الشروط التي تضمن امتيازات للادارة ولا يمكن
 أن يتمتع بها المتعاقد الآخر ١٣٩

القاعدة الخامسة :

- تحويل المتعاقد من الادارة سلطات استثنائية في مواجهة
 الغير ١٤٠

القاعدة السادسة :

- أخذ العقود التبعية والتكميلية حكم العقود الادارية المتعلقة
 بها ١٤١

القاعدة السابعة :

- إختصاص القضاء الادارى بالمنازعات المتعلقة بالقرارات
 الادارية المتصلة بالعقد من ناحية الاثن به أو ابرامه أو
 اعتماده ، وذلك دون مساس بذات العقد الذي يظل قائما الى
 أن يفصل للمحكمة المختصة في المنازعات المتعلقة به .. ١٤٢

القاعدة الثامنة :

- تفسير محكمة القضاء الادارى لاختصاص تفسير لجنة البت
 في مفارضة أصحاب العطاء الأقل ١٤٣

القاعدة التاسعة :

- اشتراط المقابل في الهبة لاقامة مشروع ذي نفع عام مثل
 اقامة مدرسة لا يشترط افراغ العقد في ورقة رسمية ١٤٥

القاعدة العاشرة :

مقابل سلطة التعديل تتمثل في سلطة التوازن المالي والذي
يتمثل في حق المتعاقد في التعويض ١٤٧

القاعدة الحادية عشر :

عدم شرعية انتهاء العقد بفرض الحصول على جعل أعلى ١٤٧

القاعدة الثانية عشر :

تنفيذ العقد بما يتفق مع ما يوجبه حسن النية المشتركة
للمتعاقدين ١٤٨

القاعدة الثالثة عشر :

اشتراط قيام المتعاقد بنفسه بتنفيذ التزامه التعاقدى ١٤٨

القاعدة الرابعة عشر :

أثر التدليس والغش المفسد للرضا على المتعاقد في ظل أحكام
القانون المدني ١٤٩

القاعدة الخامسة عشر :

سلطة التعديل في عقد الامتياز ١٥٠

القاعدة السادسة عشر :

تفسير سلطة التعديل في عقود الاشغال العامة ١٥١

القاعدة السابعة عشر :

تفسير المحكمة الادارية العليا للنص المتعلق بحق الادارة في
زيادة كميات الاعمال في عقد الاشغال العامة دون أن يكون
للمتعهد أو المقاول الحق في المطالبة بالتعويض اكتفاء بحقه
المطالبة بما يقوم به بنفس الأسعار ١٥١

القاعدة الثامنة عشر :

مدى مشروعية حق الادارة في تعديل العقد بمعرفة السلطة
المختصة بالتعديل ١٥٢

الفصل الثاني :

بعض قواعد تفسير الاحكام فى ظل القضاء الادارى وقضاء
محكمة النقض ، وطلب تفسير الحكم ١٥٣

المبحث الأول :

قواعد تفسير الاحكام ١٥٣
ويتضمن القواعد التالية :

القاعدة الأولى :

امكان تطبيق القواعد القانونية المنبثقة عن قانون المرافعات
على المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية ١٥٣

القاعدة الثانية :

من قواعد التفسير أن الغلط من شأنه أن يعيب الارادة ويؤثر
فى صحة العقد ، ويجيز للمتعاقد الذى وقع فيه أن يطلب
ابطال العقد بسببه بشرط أن يكون الخطأ جوهريا ١٥٣

القاعدة الثالثة :

تفسير مدى ضمان صلاحية البناء فى عقود الاشغال العامة ١٥٤

القاعدة الرابعة :

لمحكمة الموضوع أن تفسر الاحكام التى يحتج بها لديها
تفسيرها لساتر المستندات التى تقدم لها ، فتأخذ بما تراه
مقصودا منها بشرط أن تبين فى أسباب حكمها الاعتبارات
المؤدية الى وجهة نظرها ١٥٥

القاعدة الخامسة :

سلطة قاضى الموضوع فى تفسير الاحكام المقدمة له ، هى
كسلطته فى تفسير العقود والاوراق الاخرى ، لا تراقبه فيها
محكمة النقض ١٥٥

القاعدة السادسة :

سلطة محكمة الموضوع فى تفسير الاحكام التى يحتج بها لديها . ١٥٥

القاعدة السابعة :

الحكم التفسيري يعتبر جزء متمم للحكم الذي يفسره وليس
 ١٥٥ حكما مستقلا

القاعدة الثامنة :

أحكام متعلقة بالحكم المطلوب تفسيره ١٥٦

القاعدة التاسعة :

حالة تجاوز المحكمة لسلطتها في التفسير ١٥٦

القاعدة العاشرة :

الحكم الصادر بالتفسير أو التصحيح يعتبر من كل الوجوه
 ١٥٧ متمم للحكم الذي يفسره

القاعدة الحادية عشر :

يتناول التفسير ما وقع في منطوق الحكم من غموض أو
 ابهام ، ويرجع للمحكمة التي أصدرته بطلب يقدم لها
 ١٥٧ بالاوزاع المعتادة

القاعدة الثانية عشر :

متى كان الحكم قد التزم في تفسير قضائه الحكم المفسر دون
 أن يعمه بالتعديل ، فإن النعي عليه بنسخ الحكم المفسر
 ١٥٧ وبإهدار حججه يكون على غير أساس

القاعدة الثالثة عشر :

سلطة محكمة الموضوع في تفسير الاحكام ١٥٧

القاعدة الرابعة عشر :

يجوز للخصوم أن يطلبوا الى المحكمة التي أصدرت الحكم
 ١٥٨ تصحيح ما وقع في منطوقه من غموض أو ابهام

القاعدة الخامسة عشر :

استقرت أحكام النقض على أنه لمحكمة الموضوع السلطة في
 ١٥٨ تفسير العقود والقرارات والاتفاقات وسائر المحررات ..

القاعدة السادسة عشر :

طبيعة الحكم بعدم الاختصاص والاحالة ١٥٩

القاعدة السابعة عشر :

حدود سلطة المحكمة في نطاق التكليف ١٥٩

القاعدة الثامنة عشر :

الطعن في الاحكام وسلطة المحكمة الادارية العليا ، ومدى
تقيدها بأسباب الطعن وحققها في التصدى للحكم في
الموضوع ١٥٩

القاعدة التاسعة عشر :

قيام جهة الادارة بتنفيذ الحكم المطعون فيه يتم براءا لمسئوليتها
عن الامتناع عن تنفيذ حكم واجب النفاذ دون أن يتعدى ذلك
الى اعتبار ماتم رضاء بالحكم مانعا من الطعن فيه ١٦٠

المبحث الثانى :

طلب تفسير الحكم وتطبيقات قضائية من أحكام النقض وأحكام
القضاء الادارى ١٦١

الباب السادس :

القواعد العامة للاختصاص القضائى مع التركيز على
اختصاص القضاء الادارى بمنازعات العقود الادارية ،
وينتظر الطلب المستعجل المتفرع عن عقد ادارى ، وينظر
دعوى اثبات الحالة وباشكالات التنفيذ ، ودور التحكيم فى
المنازعات التى تنشأ بين الاجهزة العامة بالدولة ١٦٥

الفصل الأول :

القواعد العامة للاختصاص ١٦٧

المبحث الأول :

تعريف^١ ١٦٧

المبحث الثاني :

تطبيقات من أحكام النقص بشأن الاحالة للمحكمة المختصة

ويتناول القواعد التالية : ١٦٩

القاعدة الأولى :

امتناع القضاء العادى للتصدى للقرار الادارى ١٦٩

القاعدة الثانية :

القوانين المعدلة للاختصاص ١٧٠

القاعدة الثالثة :

احالة الدعوى الى المحكمة المختصة بحالتها ولو كان الأمر

متعلقا بالولاية ١٧٠

القاعدة الرابعة :

احالة الدعوى للمحكمة المختصة ينصرف الى ماتم من

اجراءات ١٧٠

القاعدة الخامسة :

الوضع بالنسبة للدعاوى التى عدل القانون اختصاصها

النوعى ١٧١

القاعدة السادسة :

امكان رفع دعوى بطلان أصلية أو الدفع بالبطلان اذا تجرد

الحكم من أركانه الاساسية ١٧١

القاعدة السابعة :

الدفع بعدم الاختصاص لانتفاء الولاية ١٧٢

القاعدة الثامنة :

الاحالة لعدم الاختصاص المتعلق بالولاية ليست مقصوره على

جهتى القضاء العادى والادارى ، بل ينطبق اذا كانت الدعوى

داخلة فى اختصاص هيئة ذات اختصاص قضائى ١٧٢

القاعدة التاسعة :

الدفع بالاحالة للارتباط ١٧٣

المبحث الثالث :

اختصاص القضاء الادارى بالفصل فى منازعات العقود

الادارية وقواعد قضائية هامة ١٧٤

ويتناول القواعد التالية :

القاعدة الأولى :

منازعات العقود التى تخرج عن اختصاص مجلس الدولة

بهيئة قضائية ١٧٧

القاعدة الثانية :

بعض قواعد الاختصاص التى أثبتت أمام محكمة النقض

..... ١٧٧

القاعدة الثالثة :

تحديد الاختصاص فى الاتفاقات المركبة ١٧٩

القاعدة الرابعة :

اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء ادارى بنظر المنازعات
المنصوص عليها بالمادة السادسة من قانون قطاع الاعمال

رقم (٢٠٣) ١٨٠

الفصل الثانى :

اختصاص القضاء الادارى بنظر الطلب المستعجل المتفرع
عن عقد ادارى ، واختصاصه بإشكالات التنفيذ ، واعتبار
حكم وقف التنفيذ حكما قطعيا ، والتمييز بين حجية الشيء
المقضى ، وقوة الأمر المقضى ومدى تعدى الحكم بالغاء

القرارات الادارية المتعلقة بالعقود الادارية ١٨١

الموضوع الصفحة

المبحث الأول :

- اختصاص القضاء الإداري بالطلب المستعجل بحسبانه نزاعا
متفرعا عن عقد ادارى ١٨١

المبحث الثانى :

- اختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات المتعلقة
بالقرارات المنفصلة المستقلة ، والقرارات التى تصدرها
الجهة الادارية تنفيذا لعقد من العقود الادارية ١٨٣

المبحث الثالث :

- اختصاص القضاء الإداري بنظر دعوى اثبات حالة المخالفات
المنسوبة لجهة الادارة بشأن التزاماتها الناشئة عن عقد ادارى ١٨٧

المبحث الرابع :

- اعتبار حكم وقف التنفيذ حكما قطعيا ، ومدى تعدى أثر الحكم
بالغاء القرارات الادارية المتعلقة بالعقود الادارية ١٩٠

المبحث الخامس :

- التمييز بين حجية الشيء المقضى وقوة الأمر المقضى ،
ومدى تعدى الحكم بالغاء القرارات الادارية المتعلقة بالعقود
الادارية ١٩٦

المبحث السادس :

- اختصاص القضاء الإداري بإشكالات التنفيذ ٢٠١

الفصل الثالث :

- نور التحكيم فى المنازعات التى تنشأ بين أجهزة الدولة . ٢٠٤

الباب السابع :

- مفهوم نظرية فعل الأمير ، ومدى أخذ كل من الفقه والقضاء
بها ، وتقدير التعويض فى ظلها مع أحكام مختارة من القضاء
الإدارى ، وفتاوى قسم الرأى والجمعية العمومية للفتوى
والتشريع ٢٠٩

الفصل الأول :

عرض النظرية وأساسها القانوني والشروط العامة لتطبيقها ٢١١

المبحث الأول :

عرض النظرية وأساسها القانوني وتقدير التعويض في ظلها. ٢١١

المبحث الثاني :

الشروط العامة لتطبيق نظرية فعل الأمير ٢١٤

الفصل الثاني :

الحالات التي رفض فيها مجلس الدولة الفرنسي وشايحه

مجلس الدولة المصري التعويض على أساس نظرية عمل

الأمير والحالات التي قبل فيه التعويض على أساس هذه

النظرية ٢١٨

المبحث الأول :

حالات رفض التعويض على أساس نظرية عمل الأمير في

ظل أحكام القضاء الفرنسي والمصري - وقسم الرأي

وقتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ٢١٨

المبحث الثاني :

الحالات التي قبل فيها مجلس الدولة الفرنسي وشايحه مجلس

الدولة المصري التعويض على أساس عمل الأمير ٢٢١

الفصل الثالث :

خلاصة تحديد التعويض ومداه في ظل نظرية فعل الأمير مع

الأحكام والفتاوى المتعلقة بالتوازن المالي للعقد ٢٢٣

المبحث الأول :

حالة استحقاقه التعويض الكامل ٢٢٣

المبحث الثاني :

الاحكام والفتاوى المتعلقة بالتوازن المالي للعقد ٢٢٧

الباب الثامن :

- عرض نظرية الظروف الطارئة وأثرها على التعويض ،
مع تطبيقات قضائية من أحكام القضاء الإداري وقضاء
النقض ٢٢٢

الفصل الأول :

- عرض نظرية الظروف الطارئة وأثرها في تقدير التعويض . ٢٢٥

المبحث الأول :

- عرض النظرية ٢٣٥

المبحث الثاني :

- التعويض في ظل نظرية الظروف الطارئة والآثار المترتبة
على الأخذ بها في النظام المصري ٢٣٧

المبحث الثالث :

- سلطة القاضي المدني والقاضي الإداري عند نظر المنازعات
المتعلقة بالظروف الطارئة ، ومدى تدخل القاضي في تحديد
التعويض في النظام المصري ٢٤١

الفصل الثاني :

- تطبيقات قضائية من أحكام القضاء الإداري ، مع عرض
نهاية حالة الظروف الطارئة ، وتطبيقات قضائية من أحكام
النقض ٢٤٥

المبحث الأول :

- تطبيقات قضائية من أحكام القضاء الإداري ٢٤٥
- ★ وتتناول الأحكام مايلي :

الحكم الأول :

- أحكام المسؤولية العقدية وكون الحادث فجائي مستحيل
الدفع ٢٤٥

الحكم الثانى :

التمييز بين نظرية التوازن المالى والظروف الطارئة ٢٤٦

الحكم الثالث :

تطبيق نظرية الظروف الطارئة طبقا لأحكام المحكمة الادارية

العليا ٢٤٩

الحكم الرابع :

التعويض الذى يدفع للمتعاقد فى ظل نظرية الظروف الطارئة

لا يشمل الخسارة كلها ٢٤٩

الحكم الخامس :

الشروط المستقاة من أحكام المحكمة الادارية العليا بشأن

تطبيق نظرية الظروف الطارئة ٢٥٠

المبحث الثانى :

نهاية حالة الظروف الطارئة ومدى اقترابها فى آثارها من

نظرية القوة القاهرة ، وتطبيقات قضائية من أحكام النقض ٢٥١

الباب التاسع :

تطبيقات من الأحكام الحديثة للمحكمة الادارية العليا فى

المنازعات الادارية المتعلقة بنظرية فعل الأمير - ونظرية

الظروف الطارئة - ومفهوم الصعوبات المادية غير

المتوقعة - والقوة القاهرة ٢٥٥

الفصل الأول :

نظرية فعل الأمير ٢٥٧

★ نعرض القواعد المنبثقة من أحكام المحكمة الادارية العليا

وهى :

القاعدة الأولى :

تدخل القضاء الادارى لتحقيق التوازن المالى للعقد الادارى

طبقا لنظرية فعل الأمير ٢٥٧

الموضوع الصفحة

القاعدة الثانية :

- أثر رفع رسم الاحصاء الجمركى فى تحمل جهة الادارة قيمة
الزيادة ٢٥٨

القاعدة الثالثة :

- لا يسوغ للمتعاقد مع الادارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته
حيال المرفق العام بحجة اخلال الادارة بالوفاء بأحد التزاماتها
قبله ٢٥٨

الفصل الثانى :

- نظرية الظروف الطارئة ٢٥٩

القاعدة الأولى :

- مناطق اعمال نظرية الظروف الطارئة ٢٥٩

القاعدة الثانية :

- الأسباب الطارئة التى تؤدى الى تغيير طارىء مع تكر أمثلة
لها ٢٦٠

الفصل الثالث :

- الصعوبات المادية غير المتوقعة ٢٦١

القاعدة الأولى :

- مسئولية المقاول الكاملة وفقا للشروط العامة للعقد ٢٦١

القاعدة الثانية :

- مدى مسئولية المقاول فى حالة تأخره فى تنفيذ التزاماته اذا
كان مرد ذلك الى أسباب لم يكن فى الامكان توقعها وقت تقديم
العطاء ، وسلطة الجهة الادارية فى تقدير هذه الأسباب -
وانقضاء غرامات التأخير منوط بتقدير الجهة الادارية ... ٢٦٢

الفصل الرابع :

- القوة القاهرة ٢٦٣

القاعدة الأولى :

الاستحالة الناشئة عن سبب أجنبي ينقضى بها أصلا الالتزام ،
والشروط الواجب توافرها في السبب الأجنبي ٢٦٣

القاعدة الثانية :

الشروط الواجب توافرها في السبب الأجنبي ، والقوة
القاهرة ، وأثر امكان توقع الحادث الذي يعتبر قوة القاهرة ٢٦٣

الباب العاشر :

بعض قواعد التعويض طبقا لاحكام النقص المدني ، ومدى
استلزام المحكمة الادارية العليا لبعضها ، والمبادئ القضائية
المتعلقة بذلك ٢٦٥

الفصل الأول :

التعويض في ظل نصوص القانون المدني ، ولما استقرت
عليه أحكام النقص ٢٦٨
★ ويتناول المسائل التالية :

(أولا) : النصوص القانونية ٢٦٨

(ثانيا) : تقدير التعويض ٢٦٨

(ثالثا) : مقياس التعويض ٢٦٩

(رابعا) : الظروف الملازمة التي من شأنها أن تؤثر في تقرير

التعويض ٢٧٠

(خامسا) : الحكم للدائن بتعويض تكميلي ٢٧٠

(سادسا) : التعويض في حالة فسخ العقد ، وفي حالة الضرر

المتغير ، ومدى التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد ٢٧١

(سابعا) : تقدير التعويض الذي يحكم به القاضى المدني كلما

كان الضرر متغيرا . لا كما كان عند وقوع

الضرر . بل كلما صار اليه عند الحكم ٢٧٢

الفصل الثاني :

- أمثلة مختارة من أحكام المحكمة الإدارية العليا في تقدير التعويض مهتدية بأحكام القانون المدني ٢٧٥

الباب الحادي عشر :

- الأحكام العامة للفسخ وأثره ، واجراءاته ، ومدى جواز الاعذار قبل الفسخ في ظل أحكام محكمة النقض وآراء الفقه ، وأحكام مجلس الدولة المصري ، والوضع الخاص بعقد الامتياز ٢٧٩

الفصل الأول :

- الأحكام العامة للفسخ وأثره واجراءاته في ظل أحكام محكمة النقض وآراء الفقه ٢٨١

المبحث الأول :

- الشروط العامة للفسخ ٢٨١

المبحث الثاني :

- صدور حكم بالفسخ وحالات اعذار المدين قبل الفسخ ٢٨٥

الفصل الثاني :

- المنازعات الادارية المتعلقة بفسخ العقد ، ومدى حق الادارة في انتهاء العقد ، ومدى حق المتعاقد في التعويض ٢٩٠

★ ويتناول المسائل التالية :

- (أولاً) : الفسخ باتفاق الطرفين أو التقابل ٢٩٠
(ثانياً) : الفسخ بقوة القانون وشروطه ٢٩٠
(ثالثاً) : الفسخ القضائي ٢٩١
(رابعاً) : الفسخ عن طريق الادارة ٢٩٢

- (خامسا) : اساس حق الادارة فى انتهاء العقود قبل الأوان ،
مع تعويض المتعاقد فى حالة انتهاء العقد لدواعى
الصالح العام ٢٩٣
- (سادسا) : حق الادارة فى انتهاء العقود الادارية ليس سلطة
مطلقة ولكنها سلطة تقديرية تستهدف تحقيق
الصالح العام ٢٩٤
- (سابعا) : حالة ثبوت أن انتهاء العقد لا يقوم على سبب
مشروع ٢٩٥

الفصل الثالث :

- الحالة الخاصة بشروط فسخ عقد الامتياز ٢٩٧
* ويتناول المسائل التالية :
- (أولا) : شروط فسخ عقد الامتياز ٢٩٧
- (ثانيا) : اعدار المنتزم قبل الفسخ ٢٩٧
- (ثالثا) : حكم القاضى بالفسخ مع عرض فتوى القسم
الاستشارى بمجلس الدولة فى شأن عقوبة الفسخ
أو بمعنى آخر الاسقاط ٢٩٨

الباب الثانى عشر :

- تطبيقات قضائية من أحكام القضاء الادارى فى شأن الفسخ
والتعويض ، وحالات شطب اسم المتعهد واخلال الادارة
بالتزاماتها قبل التعاقد معها ٣٠١

الفصل الأول :

- جواز الجمع فى حالة فسخ العقد الادارى بين مصادرة التأمين
والمطالبة بالتعويضات مشروط بالألا يحظر العقد صراحة
هذا الجمع ، وأن يكون الضرر مجاوزا قيمة التأمين
المصادر . والدفع بعدم التنفيذ والتعويض فى حالة الفسخ ،
وحالة الخطأ المشترك ٣٠٣

المبحث الأول :

الجمع في حالة فسخ العقد الادارى بين مصادرة التأمين واستحقاق التعويض ، مشروط بعدم وجود نص يحظره ، وبأن يكون الضرر مازال موجودا حتى بعد مصادرة التأمين ٣٠٣
★ وتبين القواعد المنبثقة عن أحكام المحكمة الادارية العليا فيمايلي :

القاعدة الأولى :

شروط التعويض في حالة فسخ العقد ٣٠٣

القاعدة الثانية :

جواز الجمع بين مصادرة التأمين والمطالبة بالتعويضات في حالة فسخ العقد ٣٠٥

القاعدة الثالثة :

عدم النص على حق جهة الادارة في التعويض علاوة على مصادرة التأمين عما يلحقها من ضرر بسبب عدم قيام المتعهد بتنفيذ التزاماته يؤدي في حالة فسخ العقد الى حظر الجمع بين التعويض ومصادرة التأمين ٣٠٥

القاعدة الرابعة :

لائحة اجراءات الشراء والبيع الخاصة بالهيئة العامة لشئون المسكك الحديدية لا تحرم الجمع بين مصادرة التأمين واقتضاء التعويض يتمثل في الفرق بين السعر الذى رضى به المزاد ، وبين السعر الذى سيرسو به عند طرح الصفقة في المزاد لمرة ثانية - هذا الجمع جائز في حالة الفسخ ٣٠٦

القاعدة الخامسة :

إذا أخل المتعاقد مع جهة الادارة بأى شرط من شروط العقد ثلاث مرات في خلال ثلاثين يوما ، يحق لها فسخ العقد ومصادرة التأمين ٣٠٨

المبحث الثاني :

الدفع بعدم التنفيذ ، والتعويض المستحق في حالة الفسخ ،

وفي حالة الخطأ المشترك ٣٠٩

القاعدة الأولى :

حالة الدفع بعدم التنفيذ في العقود الادارية والاستثناء من ذلك ٣٠٩

القاعدة الثانية :

أسباب الدفع بعدم التنفيذ كأصل عام أمر غير جائز في العقود

الادارية بسبب اتصالها بتسيير المرافق العامة ٣٠٩

القاعدة الثالثة :

لا يجوز للمتعاقد مع الادارة أن يفسخ العقد بقرار منه اذا ما

وجدت مبررات للفسخ ، بل يتعين عليه أن يلجأ الى القضاء

للحصول منه على حكم بذلك - أساس ذلك أن الفسخ أمر

تتروك فيه جهة الادارة ضمانا لحسن سير المرفق العام

وليس للمتعاقد معها الا حق المطالبة بالتعويض ان كان له

مقتضى ٣١٢

القاعدة الرابعة :

اذا كان الضرر الذي لحق بالمتعاقد مع الادارة أساسه الخطأ

المشترك الذي وقع من الادارة والمتعاقد - فللقاضي أن يقدر

نصيب كلا من المسؤولين عن الخطأ في التعويض ٣١٣

الفصل الثاني :

أسباب شطب اسم المتعهد من قائمة المتعاقدين مع الادارة . ٣١٤

★ ونبين القواعد المنبثقة عن أحكام المحكمة الادارية العليا

فيما يلي :

القاعدة الأولى :

وقوع الغش أو التلاعب أو الرشوة والشروع فيها من أحد

المتعاقدين يلزم الجهة المتعاقدة معه بشطب اسمه ونشر هذا

القرار ٣١٤

القاعدة الثانية :

وقوع غش أو تلاعب من المتعهد أثره هو حق الإدارة في
فسخ العقد وشطب اسم المتعهد ، مع عدم الإخلال بحق
الإدارة في شطب اسم المتعهد في حالة عدم فسخ العقد .. ٣١٦

القاعدة الثالثة :

مجرد مخالفة المواصفات المتفق عليها لا يشكل غشا أو
تلاعب يدعو إلى شطب اسم المتعهد ٣١٦

القاعدة الرابعة :

مجرد مخالفة المواصفات المتفق عليها لا يشكل غشا أو
شطب اسم المورد من قائمة المتعاملين مع الإدارة ٣١٧

الفصل الثالث :

إخلال الإدارة بالتزاماتها قبل التعاقد وأثر ذلك ٣٢٠
★ ونبين القواعد المنبثقة عن أحكام المحكمة الإدارية العليا
فيما يلي :

القاعدة الأولى :

عدم قيام جهة الإدارة بتنفيذ التزامها بتسليم التعاقد معها
موقع العمل مما ترتب عليه وقف العملية مدة طويلة تجاوز
المعقول ، يعد إخلالا جسيما من جانب الإدارة بواجباتها -
فسخ العقد واستحقاق التعاقد مع الإدارة تعويضا عما أصابه
من أضرار ٣٢٠

القاعدة الثانية :

تعاقد الجهة الإدارية على بيع سلعة مع من رسي عليه
المزاد - عدم مطابقة السلعة للمواصفات وحظر السلطات
الصحية تصريحها للاستهلاك الآمنى يعد مخالفة من جانب
الجهة الإدارية لمسئوليتها العقدية ، ولا يجوز لها نزع

- لمسئوليتها التعلل بأن المشتري كان بمقدرته بعناية الرجل
المعتاد اكتشاف العيب ٣٢٠

القاعدة الثالثة :

- لا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته
حيال المرفق العام بحجة أن ثمة اجراءات ادارية قد أدت الى
اخلال الإدارة بأحد التزاماتها قبله ٣٢١

الباب الثالث عشر :

- انقضاء عقود الامتياز والاشغال العامة والتوريد ، وأسباب
الانقضاء وآثاره القانونية ٣٢٣

الفصل الأول :

- حالات انقضاء عقد الاشغال العامة والامتياز والتوريد والآثار
القانونية المترتبة على ذلك ٣٢٦

المبحث الأول :

- حالات النهاية والانقضاء وآثار ذلك ٣٢٦
★ ويتناول المسائل التالية :

- (أولاً) : النهاية الطبيعية لعقد الامتياز ٣٢٦
(ثانياً) : النهاية غير الطبيعية لعقد الامتياز واسترداد المرفق
وأسباب انقضاء عقد الامتياز ٣٢٧
(ثالثاً) : تصفية موضوع عقد الامتياز ومصير الاموال
المستعملة في استغلال ، وتصفية الحسابات بين
الملتزم والإدارة ٣٢٨

المبحث الثاني :

- ماهية عقود الاشغال العامة والتمييز بين الاستلام المؤقت
والاستلام النهائي ٣٣٠
★ ويتناول المسائل التالية :

الموضوع	الصفحة
(أولا) : النهاية الطبيعية لعقد الاشغال العامة	٣٣٠
(ثانيا) : تحلل المقاول من واجبات الصيانة	٣٣٣
(ثالثا) : لا تملك الادارة بعد الاستلام النهائى الاحتجاج بمخالفة المقاول للعقد ، أو المطالبة بالتعويض ، الا اذا كانت قد قدمت بشأنها تحفظات صريحة عند اتمام الاستلام النهائى	٣٣٣
المبحث الثالث :	
النهاية الطبيعية وغير الطبيعية لعقود التوريد الادارية	٣٣٣
★ ويتناول المسائل التالية :	
(أولا) : النهاية الطبيعية لعقود التوريد	٣٣٣
(ثانيا) : النهاية غير الطبيعية لعقود التوريد	٣٣٤
الفصل الثانى :	
التطبيقات القضائية بشأن انقضاء عقود الامتياز والاشغال العامة والتوريد ، طبقا لقضاء المحكمة الادارية العليا	٣٣٥
★ ونبين بعض القواعد المنبثقة عن أحكام هذه المحكمة فيما يلى :	
القاعدة الأولى :	
ليس صحيحا فى القانون ان سحب الالتزام أو إسقاطه لا يجوز توقيعه الا بحكم المحكمة المختصة	٣٣٥
القاعدة الثانية :	
حالة العلم بالعيب وعدم رفع الدعوى الا بعد ثلاث سنوات من تاريخ العلم به يسقط الحق فى رفع الدعوى	٣٣٥
القاعدة الثالثة :	
ضرورة التمسك بالدفع بسقوط دعوى الضمان بانقضاء ثلاث سنوات	٣٣٦
القاعدة الرابعة :	
ان لائحة المناقصات تتضمن تنظيما كاملا لفحص الاصناف المشتراء طبقا لعقود التوريد بعناية أشد من عناية الرجل المعتاد	٣٣٧

القاعدة الخامسة :

سحب الالتزام أو إسقاطه كلاهما يعنى رفع يد الملتزم عن
ادارة المرفق ٣٣٨

القاعدة السادسة :

إذا لم تقم بالمزايدة احدى الحالات التى تجيز الغاؤها وفقا
لاحكام القانون ، فانه لا يجوز الغاؤها لاعادة المزايدة بقصد
الوصول الى ثمن أعلى ، والقرار الصادر بذلك يعتبر غير
مشروع ويحق التعويض عما رتبته من ضرر وفوته من ربح ٣٣٨

القاعدة السابعة :

الخطأ العقدى سواء أكانت العقود مدنية أو ادارية ، هو عدم
قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد ٣٣٩

الباب الرابع عشر :

أهم الفتاوى الصادرة عن قسم الفتوى والجمعية العمومية
لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة فى شأن العقود
الادارية والتعويضات ٣٤١

★ ونبين أهم القواعد المنبثقة عنها فيما يلى :

القاعدة الأولى :

مدى أحقية الجهاز المركزى للمحاسبات فى الاعتراض على
بعض العقود ٣٤٢

القاعدة الثانية :

مدى أحقية المقاول فى صرف فروق أسعار مواد البناء فى
حالة عدم تحفظه بشأن زيادة الأسعار ٣٤٤

القاعدة الثالثة :

مدى جواز تخفيض مستحقات المقاول المتعاقد مع جهة
الادارة فى حالة انخفاض الاسعار الجبرية للحديد والاسمنت
عن تلك التى تم التعاقد فى ظلها ٣٤٥

القاعدة الرابعة :

الشراء على حساب المقاول مع جهة الادارة في حالة المقاول
المقصر في تنفيذ التزامه بالتوريد ٣٤٦

القاعدة الخامسة :

مدى أحقية شركة المقاولين العرب وشركتين فرنسييتين في
الاعتراض على حذف أحد بنود العقد الخاص بإنشاء المنطقة
الانتهائية رقم ٢ بميناء القاهرة الجوى خلال مراجعة اللجنة
الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة ٣٤٧

القاعدة السادسة :

تحديد استحقاقات مقاول عملية انشاء وتجهيز المبنى الجديد
رقم ٢ بميناء القاهرة الجوى عن توريد وتنفيذ أعمال التكيف
بالمبنى ٣٤٨

القاعدة السابعة :

فتوى الجمعية العمومية في شأن الفسخ بقوة القانون وما قد
يترتب عليه من تعويض ٣٤٩



بسم الله الرحمن الرحيم،
التعريف بالمؤلف وبياناته العلمية

أولا : المؤهلات العلمية :

- ١ - درجة الدكتوراه فى الحقوق من جامعة القاهرة بتقدير « جيد جدا » ، عام ١٩٧١ .
- ٢ - عضو منتخب بالمعهد الملكى للإدارة العامة بلندن .
- ٣ - دبلوم الدراسات العليا فى العلوم الادارية من جامعة القاهرة عام ١٩٦٤ .
- ٤ - دبلوم الدراسات العليا فى القانون العام من جامعة القاهرة عام ١٩٦٠ .

ثانيا : المؤلفات والبحوث العلمية :

(أ) المؤلفات :

- ١ - كتاب القيادة الادارية « دراسة تمزج بين الادارة العامة والقانون الادارى » ، ١٩٧١ ، (نفذ وتحت الطبع) .
- ٢ - المؤسسات العامة الاقتصادية فى الدول العربية ، ١٩٧٨ ، بالمكتبات الكبرى .
- ٣ - منكرات فى القانون الادارى لطلبة الليسانس والدكتوراه بحقوق الجزائر ، ١٩٧٢ .
- ٤ - كتاب الادارة العامة والتنظيم الادارى بالجزائر ، ١٩٧٥ ، الناشر مؤسسة الاسناد بالجزائر العاصمة .
- ٥ - كتاب السلوك الادارى ، ١٩٨١ ، بالمكتبات الكبرى بالقاهرة . (نفذ وتحت الطبع) .
- ٦ - منكرات بالامتنسل فى الادارة الاسلامية والمعاصرة لطلبة قسم الدكتوراه ، بكلية الشريعة والقانون بجامعة الازهر بالقاهرة ، ١٩٧١ .
- ٧ - كتاب قضاء مجلس الدولة واجراءات وصيغ الدعاوى الادارية طبعة (١٩٨٧ - ١٩٨٨) واعيد طبعة عام (١٩٩٣) .
- ٨ - موسوعة القضاء التأديبى وطرق الطعن فى الأحكام أمام المحكمة الادارية العليا والحديث فى الفتاوى والأحكام التأديبية - وصيغ الدعاوى الإدارية والتأديبية وتحتوى على ثلاثة كتب وهى :
الكتاب الأول : المحاكمات التأديبية وطرق الطعن فى الأحكام أمام المحكمة الادارية العليا .

الكتاب الثاني : الحديث فى الفتاوى والأحكام التأسيية .

الكتاب الثالث : صيغ الدعاوى الادارية والتأسيية مزودة بالأحكام .

٩ - موسوعة القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ وإشكالاته مع الأحكام والصيغ القانونية أمام القضاء العادى . (١٩٩١) .

١٠ - دعوى الالغاء ووقف تنفيذ القرار الادارى وقضاء التنفيذ وإشكالاته والصيغ القانونية أمام مجلس الدولة مع المبادئ العامة للقضاء المستعجل . (١٩٩٢) .

(ب) البحوث العلمية المنشورة بدوريات الدول العربية ومراكز البحوث (باللغتين العربية والانجليزية) .

١ - بحوث منشورة بدوريات المنظمة العربية للعلوم الادارية بالقاهرة ومنها :
★ القيادة الادارية ، ١٩٧٢ ، .

★ الادارة العامة فى الجزائر ، ١٩٧٥ ، .

٢ - بحوث منشورة بمجلة المركز القومى للاستشارات والتطوير الادارى ببغداد :

★ دراسة الاتجاهات وأهميتها فى تحقيق أهداف الادارة
، العدد ١٤ - ١٩٨٠ ، .

★ الادراك وعملية التشغيل المركزى للمعلومات ، العدد الثالث عشر -
١٩٨٠ ، .

٣ - بحوث منشورة بمجلة المدرسة العليا للشرطة بالجزائر :

عدة بحوث متعلقة بالضبط الادارى ، وجمع الاستدلالات ، والقرار
الادارى فى المحيط الشرطى .

٤ - بحث منشور باللغة الانجليزية ، ومقدم لبرنامج المعونة الفنية بالامم
المتحدة من خلال مركز التنمية الصناعية التابع للجامعة العربية
، عام ١٩٧١ ، بعنوان :

« The organization and operation of industrial development »

وقد نال المؤلف جائزة تقديرية عن هذا البحث المبتكر .

مكتب المؤلف :

عمارة برج الحدائق - حدائق المعادى

٤ شارع ١٦٣ خلف مستشفى القوات المسلحة ت ٣٥١٩١١٧

رقم الإيداع بدار الكتب

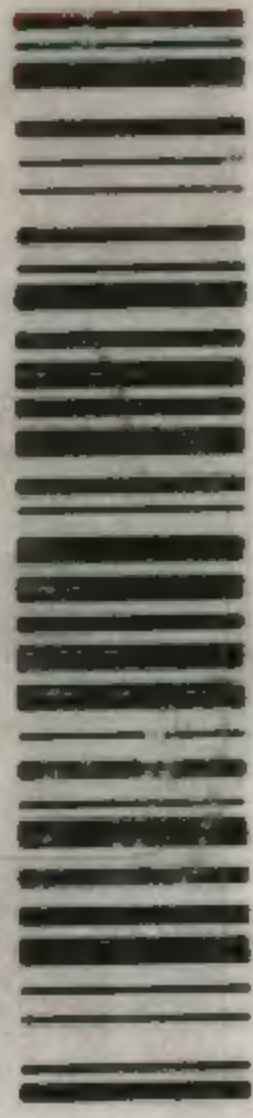
٨٠٧٧

ناس

ت: ٣٩٢٥٣٧٦



Bibliotheca Alexandrina



0647976